Der Eigenbesitz.

Die Rechtsnatur seines Erwerbes und seine Behandlung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Kurt Hermann Stahn
Gerichtsreferendar aus Danzig.

Marburg 1933

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 13. Juli 1933.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Alfred Manigk.

Dem Andenken meines Vaters.

Uebersicht.

A. Ursprung des Begriffes.
B. Gelangen des Begriffes ins BGB.
C. Begriffsbestimmung im BGB ohne Vorschrift über den Willen.
D. Streit über Begriffsbestimmung.
   I. Theorie: Wille im Begriff unwesentlich, äußere Merkmale genügen.
   II. Theorie: Wille im Begriff wesentlich, äußere Merkmale genügen nicht.
E. Rechtliche Natur dieses Willens.
   I. Handlungswille.
   II. Erfolgswille.
      a) Merkmale des Rechtsgeschäfts.
         1. Erfolgswille.
         2. Erklärung des Willens,
            aa) ausdrückliche Erklärung,
            bb) konkludente Erklärung durch
                corpus-Handlung
                corpus-Besitzverhältnis.
         3. Erklärung unter Umständen nicht erforderlich.
            aa) Innerer Wille ist wesentlich,
            bb) Willensäußerung aber erforderlich.
      b) Vorliegen der Merkmale des Rechtsgeschäfts beim Eigenbesitzerwerb.
   III. Ergebnis: Eigenbesitzerwerbswille ist ein rechtsgeschäftlicher Wille.
F. Der Erwerb des Eigenbesitzes ist ein Rechtsgeschäft und zwar ein Willensgeschäft.
G. Anwendung der Rechtsnormen auf den Erwerb des Eigenbesitzes.
   I. Eigenbesitzerwerb durch Geschäftsunfähige.
   II. Eigenbesitzerwerb durch beschränkt Geschäftsfähige.
   III. Willensmängel beim Eigenbesitzerwerb.
   IV. Eigenbesitzerwerb unter Bedingung.
   V. Eigenbesitzerwerb durch Stellvertretung.
   VI. Eigenbesitzerwerb durch Vollmacht.

H. Eigenbesitz im geltenden Recht ein Oberbegriff, —
— Unterbegriffe: Eigentum
gutgläubiger Besitz
bösgläubiger Besitz —,
der wegen großer rechtlicher Bedeutung für andere Rechtsverhältnisse im geltenden Recht nicht zu entbehren ist.

Literaturverzeichnis.

Affolter: Das Willenselement (Arch. f. Bürg. Recht 17).
Auerbach: Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. (Rostocker Studien 1905 III. 3).
Bähr: Zur Besitzlehre. (Iher. Jahrb. 26).
Baron: Zur Lehre vom Besitzwillen (Iher. Jahrb. 29).
„ Noch einmal Besitzwille (Iher. Jahrb. 30).
Bekker: Das Recht des Besitzes bei den Römern. 1880.
Bierling: Juristische Prinzipienlehre. 1894/98.
Biermann: Kommentar zum Sachenrecht. 1914.
v. Bruns: Das Recht des Besitzes. 1848.
„ Besitzerwerb durch Interessenvertreter. 1910.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 1924.
Crome: Sachenrecht. 1905.
Dernburg: Sachenrecht. 1908.
„ Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. 1883.
Dittenberger: Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen. 1903.
Eck-Leonhard: Vorträge über das BGB. 1898, 1904.
Endemann: Einführung in das Studium des BGB. 1898.
„ Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 1905.
Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin. 1889.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil. 1931.
Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch. 1932.
Frank: Der Besitzwille nach dem BGB. 1898.
Friebe: Ist zum Eigenbesitz der animus domini erforderlich? 1905, Diss. Breslau.
Gierke, Otto: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes. 1897.
Heck: Grundriß des Sachenrecht. 1930.
Heusler: Die Gewere. 1872.
Huber: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. 1894.
v. Ihering: Der Grund des Besitzschutzes. 1869.
„ Der Besitzwille. 1889.
Kohler: Pfandrechtliche Forschung. 1872.
Kress: Besitz und Recht. 1909.
H. W. Kutschmann: Das „wirtschaftliche Eigentum" im Steuerrecht. Diss. Marburg 1931.
Manigk: Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes. Arch. f. Bürg. Recht 25, 316.
„ Das gegenseitige Verhältnis der Begriffe. Rechtsgeschäft und Willenserklärung. 1900.
„ Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum. in Iher. Jahrb. 83,1.
„ Irrtum und Auslegung. 1918.
„ Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
„ Das Anwendungsgebiet d. Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Pininski: Tatbestand des Sachbesitzerwerbes. 1885.
Planck: Kommentar zum BGB. 1920.
Planck-Brodmann: Sachenrecht. 1920.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB.
v. Savigny: Recht des Besitzes. 1837.
Schloßmann: Lehre von der Stellvertretung. 1900, 1902.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. 1929.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB. 1929.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. 1884.
Strohal: Der Sachbesitz. Iher. Jahrb. 38, 13.
Thoma: Die Bedeutung des Besitzwillens. 1900.
Wendt: Besitz und Innehabung. Arch. f. ziv. Praxis 74.
M. Wolff: Sachenrecht. 1929.
J. Wolff: Begriff des Besitzes. 1898. Diss. Erlangen.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

A. Der Begriff des Eigenbesitzes ist dem früheren Recht nicht bekannt. Erst § 872 BGB führte ihn ein. In der Eigenart dieses Rechtsinstituts liegt es, daß rechtliche Wirkungen meist nicht schon mit dem Erwerb des Eigenbesitzes eintreten, sondern, daß der Eigenbesitz nur ein Element zusammengesetzter Tatbestände ist. Der Eintritt der Wirkungen ist meist noch von anderen Tatsachen abhängig, z. B. dem guten Glauben bei Ersitzung beweglicher Sachen und Fruchterwerb, der Eintragung im Grundbuch im Falle der Ersitzung nach § 927 BGB. Der Zweck des Eigenbesitzes ist es, hauptsächlich Eigentum zu vermitteln. Wesentliche Voraussetzung ist der Eigenbesitz zur Erfüllung der Tatbestände der §§ 937, 955, 900, 927, 958, 836, 920, 988, 1120, 1127 BGB, 147 und 164 ZVG.

„Es kann der Eigenbesitz somit nur als eine juristische Hilfsposition bezeichnet werden, die erst im Zusammenhang mit anderen Umständen die rechtliche Wirkung auslöst. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in § 872 BGB eine allgemeine Definition des Eigenbesitzes gibt, so sollte ihm damit nicht der Stempel einer selbständigen Rechtsposition aufgeprägt werden[1].“ Dem Begriff kommt also nur eine unselbständige Stellung im geltenden Recht zu.

Seine Natur und seine Bedeutung ist Gegenstand wissenschaftlichen Streites geblieben. Es wurde auch darüber gestritten, ob es sich hier überhaupt um einen neuen Begriff handle, oder ob hier nicht ein aus alten Rechten übernommener Begriff vorliege. Man behauptete, daß zwar der terminus im Bürgerlichen Gesetzbuch neu sei, daß der Begriff selbst sich aber auf frühere Rechtsinstitute zurückführen lasse. Den Beweis hierfür suchte man unter Heranziehung zahlreicher Quellen alten Rechts zu führen. Viele suchten den Ursprung des Eigenbesitzes in Rechtsgedanken, die in der römischen possessio und der deutschrechtlichen Gewere wiederkehren, zu finden. Man ging sogar so weit, zu sagen, „das Bürgerliche Gesetzbuch sei auf den Standpunkt des römischen Rechts zurückgekehrt“[2]). In gleicher Weise glaubten einige die Meinung vertreten zu müssen, daß der Begriff sich einzig und allein aus der Gewere entwickelt habe[3]).

Auf diesen Streit unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung einzugehen, ist müßig, weil der Begriff nicht ohne

[1]) Kress, Besitz und Recht S. 245.

[2]) Kress a.a.O. S. 244. Aber die darin gemachte Feststellung ist noch keine Begründung für die aufgestellte Behauptung.

[3]) Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes in: Rostocker Studien III S. 5.

weiteres auf eines dieser Rechtsinstitute zurückgeführt werden kann[5]). Es ist weder der heutige Besitz noch der heutige Eigenbesitz mit der römischen possessio identisch. „Letzterer deswegen nicht, weil zu der Kategorie der possessio auch Fälle des heutigen Fremdbesitzes gehören, ersterer nicht wegen der Ausschaltung des Besitzwillens aus dem gesetzlichen Tatbestande des Besitzerwerbes[5]). Ebenso ist es gerade sehr umstritten, ob für die Eigengewere nur objektive Merkmale maßgebend sein sollen. Ein Ergebnis ist auf diesem Wege nicht zu erlangen.

In der nachfolgenden Darstellung soll der Erwerb des Eigenbesitzes untersucht werden, und zwar soll die Rechtsnatur des Eigenbesitzerwerbes und die sich aus dieser Rechtsnatur ergebenden Folgen für die Anwendung der Rechtsnormen geprüft werden.

B. Im Entwurf I wurde der Eigenbesitz noch nicht behandelt[6]). Man begnügte sich dort, Richtlinien für den Besitz schlechthin aufzustellen. Es wurde lediglich bestimmt, daß für den Besitzerwerb der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben, erforderlich sei[7]).

Erst bei den Beratungen über den Entwurf II wurde die Aufnahme des Begriffes erörtert. Man sah ein, daß der Begriff nicht ausreichte und daß dieses Rechtsinstitut nicht auf alle in Frage kommenden Rechtsverhältnisse angewandt werden könnte. Daß man sich zu dieser Ansicht bekannte und nun die Verhandlungen über einen entsprechenden Begriff aufnahm, ist ein Verdienst Strohals[8]). Strohal erklärte die Absonderung des Eigenbesitzes für unentbehrlich. Man müßte beim Besitz Fremdbesitz und Eigenbesitz unterscheiden, und es sei eine einheitliche Behandlung des Besitzes nicht möglich[9]). Erst durch Strohals Arbeiten überzeugte man sich von der Notwendigkeit, einen besonderen Begriff des Eigenbesitzes zu schaffen. Bei den Verhandlungen sprach man sich zwar auch gegen die Schaffung eines solchen Begriffes aus. Aber das Ergebnis der Verhandlungen läßt sich aus den Worten ersehen, „daß der Begriff Eigenbesitz wegen seiner großen rechtlichen Bedeutung bei beweglichen und unbeweglichen Sachen für das zu schaffende Recht nicht mehr zu entbehren sei. Der Entwurf müsse daher Vorschriften über den Erwerb des Eigenbesitzes geben[10]).“ Die

[4]) Es mag hier auf die Darstellung Friebes verwiesen sein. „Ist zum Eigenbesitz der sog. animus domini erforderlich“, der unter Heranziehung zahlreicher römischer Rechtsquellen fast nur die geschichtliche Entwicklung des Begriffes aus dem römischen Recht bearbeitet.

[5]) Manigk, Merkmale u. Voraussetzung d. Eigenbesitzes in Arch. Bürgerl. Recht 25, 318.

[6]) Prot. 3738.

[7]) Entw. I § 797.

[8]) Strohal, Jher. Jahrb. 29, 336 und 30,1.

[9]) Strohal, Jher. Jahrb. 29, 360.

[10]) Prot. 3738.

Bestimmung des Begriffes wurde zunächst in folgender Form vorgeschlagen[11]):

„Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörig im mittelbaren oder unmittelbaren Besitz hat."

Jedoch ging man bei den späteren Beratungen von dieser Form wieder ab und wählte die Fassung, die in § 872 BGB Gesetz geworden ist.

„Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer."

C. Diese im Bürgerlichen Gesetzbuch gewählte Form hat den Nachteil, daß sie nicht eindeutig genug gefaßt ist. Die Fassung des § 872 BGB läßt die Frage offen, ob für den Erwerb des Eigenbesitzes ein Wille erforderlich ist oder nicht. Die mehrdeutige Form des § 872 BGB gab zu Streitigkeiten Anlaß. Das hätte vermieden werden können, wenn das Gesetz zu dieser Frage Stellung genommen hätte. Eine Entscheidung über diese Frage hätte umsomehr in das Gesetz aufgenommen werden können, als bei den Beratungen über den Begriff schon dahingehende Vorschläge gemacht worden waren. Es war vorgeschlagen worden, den Willen, den animus domini, zum Merkmal für den Erwerb des Eigenbesitzes zu machen[12]). „Der Eigenbesitz einer Sache wird durch die Erlangung des Besitzes erworben, wenn der Besitzer den Willen hat, die Sache als die seinige zu haben." Über diese Vorschläge setzte man sich jedoch hinweg und ließ die Frage ungeklärt. Aus dem Gesetz selbst ist also nicht ersichtlich, ob ein Wille erforderlich ist oder nicht.

D. Den wissenschaftlichen Forschungen blieb es überlassen, durch mehrfache Untersuchungen ein brauchbares Ergebnis zu finden. Bei den Untersuchungen konnte sich die Wissenschaft zur Auslegung der Streitfrage nur auf die Worte des Gesetzes „als ihm gehörend" stützen. Um die Bedeutung dieser Worte geht der Streit. Hierbei stehen sich zwei Ansichten gegenüber.

Nach der einen Lehre ist für die Feststellung, ob Eigenbesitz erworben ist, lediglich die äußere Position, die objektive Sachlage, maßgebend[14]). Nach der anderen Ansicht wird den äußeren Merkmalen allein keine rechtliche Bedeutung beigelegt, da es auch auf den Willen des Handelnden ankomme[15]). Nur dieser könne für die Frage entscheidend sein, ob Eigenbesitzerwerb stattgefunden hat oder nicht. Beide Ansichten werden einer Prüfung zu unterziehen sein. Zunächst sei auf die Meinung eingegangen, nach der aus den

---

[11]) Prot. 3738.

[12]) Prot. v. Achilles III, S. 227.

[13]) Mugdan. Materialien III S. 512 Z. 3 § a.

[14]) Dernburg, Sachenrecht § 12, Auerbach a.a.O. S. 14.

[15]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 108, 129, ferner Arch. Bürg. R. 25, 317. Rabel, Rhein. Z. 1915 S. 513. Biermann, Fischer-Henle-Titze, Staudinger, RGRK zu § 872 BGB. Vergl. v. Bruns Besitzerwerb S. 62 ff.

äußeren Merkmalen allein schon auf den Erwerb von Eigenbesitz oder Fremdbesitz zu schließen sei.

I. Es wird auf dieser Seite die Meinung vertreten, daß die Entbehrlichkeit des Willens beim Erwerb des Eigenbesitzes sich schon aus der Behandlung des Besitzes im römischen und deutschen Recht ergebe. Im römischen Recht habe es einen Eigenbesitzerwerb gegeben, dessen Merkmale „das dem Besitz eigentümliche faktische Gesamtverhältnis — corpus genannt — und der animus domini“[16]) gebildet habe. Aus dem römischen Recht habe sich der heutige Eigenbesitzbegriff aber nicht entwickelt, sondern aus der Gewere. Daher sei der römischen possessio die deutschrechtliche Gewere gegenüberzustellen.

Soll die Gegenüberstellung vorgenommen werden, so müssen wir uns erst vergegenwärtigen, was nach herrschender Lehre unter Gewere zu verstehen ist.

„Die Gewere ist die in der Nutzung bestehende Ausführung eines dinglichen Rechtes, die Form der dinglichen Rechte[17]).“

„Jede Gewere ist der Ausdruck eines in ihr behaupteten Rechts, und jedes dingliche Recht hat Anspruch auf Darstellung in einer Gewere[18]).“

Aus diesen Bestimmungen der Gewere will man entnehmen, daß zur Erlangung der Gewere ein Wille, Gewere zu erlangen, nicht vorhanden zu sein braucht. Danach besteht der Unterschied zwischen der Gewere und dem Eigentumserwerb des römischen Rechts darin, daß der Eigengewere allein objektive Merkmale, nicht eine bestimmte Willensrichtung wesentlich ist[19]). Es ergebe sich also aus der Gegenüberstellung, daß der Begriff Eigenbesitz auf der Gewere, nicht aber auf der römischen possessio aufgebaut sei. Jedoch sei gerade, weil der Begriff aus der Gewere sich entwickelt habe, ein Wille nicht erforderlich.

Diesen Umständen habe auch das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten Rechnung getragen. In diesem werde das tatsächliche Besitzverhältnis ohne Rücksicht auf den Willen des Inhabers unter Besitzschutz gestellt. Man müsse also jedes tatsächliche Verhältnis, das mit Besitzschutz ausgestattet ist, unbekümmert um die Analogie des Gesetzes, als Besitz ansehen[20]). Im ALR habe man den willenlosen Besitz weitgehend anerkennen wollen. Gleiches müsse auch für das Bürgerliche Gesetzbuch angenommen werden, da die die Definition des vollständigen Besitzes enthaltende Vorschrift

---

[16]) Auerbach a.a.O. S. 2.

[17]) Huber, Die Bedeutung der Gewere S. 48; Stobbe, Handb. d. dt. Privatrechts 3. Aufl. I § 85.

[18]) Gierke, Die Bedeutung d. Fahrnisrechts in Fischers Abh. Heft 4 S. 9.

[19]) Auerbach a.a.O. S. 5; Friebe a.a.O. S. 27.

[20]) Auerbach a.a.O. S. 8.

des ALR mit dem § 872 BGB fast völlig übereinstimme[21]). Im ALR heißt es:

„Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein Eigen besitzt.“ (I. Teil 7. Titel § 7).

Gegenüber § 872 BGB besteht hierin nur insofern ein Unterschied, als sich in § 872 BGB anstelle der Worte „als sein Eigen“ die Worte „als ihm gehörend“ vorfinden. Ein wesentlicher Unterschied sei also nicht vorhanden. Dieselben Rechtsgedanken, die im ALR einen Schutz des willenlosen Besitzes herbeigeführt haben, seien auch auf die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden. Daher seien für den Erwerb des Eigenbesitzes des Bürgerlichen Gesetzbuches nur äußere Merkmale wesentlich, der Wille sei völlig zu entbehren.

Diese Ansicht wird von Dernburg vertreten. Er betont: „es genüge, daß man die Stellung eines Eigentümers einnehme[22]).“ M. Wolff nimmt eine Mittelstellung ein[23]). Er unterscheidet zwei Fälle des Eigenbesitzerwerbes. Es könne einmal der Besitzerwerb auf dem Willen des Erwerbers beruhen, andererseits sei es jedoch auch möglich, daß der Besitzerwerb kraft Gesetzes — so im § 857 BGB — erfolge. Im ersten Falle sei auch beim Eigenbesitzerwerb der Wille entscheidend. Im zweiten Falle jedoch sei eine bestimmte Willensrichtung nicht erforderlich, ja eine der gesetzlichen Folge entgegenstehende Willensrichtung sei sogar unbeachtlich.

„Nicht immer kann die Auskunft darüber, ob Eigenbesitz besteht, von der Willensrichtung des Besitzers herkommen. Dann nämlich nicht, wenn der Besitz ohne den Willen erworben wird. Der Verwahrer, der den Hinterleger beerbt, aber einen Dritten für den Erben hält, wird Eigenbesitzer, obwohl er Verwahrungsbesitzer bleiben will[24]).“

Danach sei dem Willen bei dem Eigentumserwerb nur begrenzte Bedeutung beizulegen. Der Wille sei jedenfalls nicht wesentliches Erfordernis. Auerbach meint, es könne nur die von den Vertretern dieser Lehre gebrachte Auffassung richtig sein. Denn „sie hat gegenüber der Gegenmeinung den Vorzug, daß sie historisch begründet ist[25]).“

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Es ist zunächst gerade zweifelhaft, ob der § 872 BGB allein auf deutschrechtlicher Grundlage ruhe[26]).

Selbst aus der Tatsache, daß eine Rechtsvorschrift allein historisch bestimmt ist, wird man aber nicht ohne weiteres folgern

[21]) s. Anmerkung 20.
[22]) Dernburg, Sachenrecht S. 51.
[23]) Wolff, Sachenrecht § 7 I.
[24]) Wolff, Sachenrecht § 7 I 2.
[25]) Auerbach a.a.O. S. 13.
[26]) Dagegen Hübner, Dt. Privatrecht § 57.

dürfen, daß dieser Ursprung ihren Inhalt dogmatisch im Sinne gegenwärtiger Geltung bestimme. Es besteht der Vorzug eines brauchbaren Rechts darin, daß es sich dem Rechtsempfinden der Gegenwart anpassen kann. Mit der geistigen Entwicklung eines Volkes bildet sich auch seine Rechtsanschauung fort. Die Erfordernisse, die in früherer Zeit an einen Begriff gestellt wurden, genügen einer höheren Entwicklung des Rechtslebens oft nicht mehr. Die Begriffe werden schärfer durchdacht und die zu ihrer Erfüllung notwendigen Voraussetzungen genauer vorgeschrieben. Grenzt daher unsere Rechtsanschauung einen Begriff enger ein und verlangt sie andere Voraussetzungen, so ist der so begrenzte Begriff geltendes Recht und nicht mehr der frühere. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Begriff historisch begründet ist.

Aber die Ansicht Auerbachs ist durchaus nicht historisch begründet. Er behauptet zwar, daß der Eigenbesitz sich aus der Gewere entwickelt habe, den Beweis dafür tritt Auerbach aber nicht an, er geht von der Behauptung als einer feststehenden Tatsache aus und folgert dann, es sei für den Erwerb des Eigenbesitzes ebenfalls kein Wille erforderlich, weil für die Gewere kein Wille erforderlich gewesen sei. Es ist indessen gerade sehr bestritten, ob für die deutschrechtliche Gewere der Wille des Erwerbers unwesentlich war. Man neigt dieser Ansicht wohl zu, weil die Gewere als vestitura das äußere Gewand des Rechts war und sich lediglich in dem einem Dritten sich darbietenden Schein verkörperte. Indessen wird von namhaften Forschern doch die Erheblichkeit des animus auch bei der Gewere betont.

Kohler lehrt: „Die Gewere ist Besitz und nur Besitz. Für das römische Recht ist die Lehre vom animus domini als dem Willen, die Sache als Eigentümer zu haben, verfehlt. Der animus domini ist der Wille, die Sache in der Gesamtheit ihrer wirtschaftlichen Funktion für sich zu haben; ebenso die deutsche Gewere[27])."

Nach Huber setzt sich die Gewere aus zwei Elementen zusammen, der Nutzung, die etwa dem römischen corpus zur Seite zu stellen ist, und aus der Behauptung einer dieser Herrschaft entsprechenden, nach objektivem Recht gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache. Die Behauptung der dinglichen Berechtigung sei dem animus des römischen Rechts gegenüberzustellen. Es genüge der Wille, der auf irgendeine dingliche Berechtigung gerichtet ist, nicht werde, wie im römischen Recht, der Wille der Eigentumsherrschaft verlangt[28]). Die Gewere setzt also zwei Erfordernisse voraus. Es muß eine tatsächliche Sachherrschaft vorliegen und eine innerliche Beziehung des Nutzenden zu der Sache bestehen. Zur

[27]) Kohler, Pfandrechtl. Forschung (1872) S. 173.
[28]) Huber, Die Bedeutung der Gewere (1894) S. 22.

tatsächlichen Herrschaft muß die Behauptung einer dinglichen Berechtigung an der Sache hinzukommen. Allerdings genügt nicht „eine lediglich subjektive Rechtsbehauptung, wie dies bei dem römischen animus domini der Fall war. Vielmehr mußte der Wille des Gewereinhabers ein Element des objektiven Rechts in sich aufgenommen haben; seine Behauptung mußte dem objektiven Recht entsprechen[29])." Für die Gewere wird also doch ein Wille verlangt. Daher geht es nicht an, auf Grund bloßer Feststellung der Erfordernisse der Gewere den Willen für den Eigenbesitzerwerb als unwesentlich abzulehnen. Jedenfalls darf man nicht, wie Auerbach es tut, von seiner eigenen Lehre abweichen. Das Willenserfordernis beim Erwerb des Eigenbesitzes hat Auerbach mit dem Hinweis auf die Entwicklung des Begriffes aus der Gewere geleugnet. Derselbe Verfasser gibt aber wenige Seiten später zu, daß zur Bildung des Eigenbesitzbegriffes sowohl das deutsche wie das römische Recht beigetragen hat[30]). Dadurch erschüttert Auerbach den Boden seiner eigenen Behauptungen. Wenn er zugibt, daß der Eigenbesitzbegriff sich aus deutschen und römischen Rechtsgedanken entwickelt hat, so gibt er auch zu, daß der Wille, der animus domini, bei diesem Rechtsinstitut mitübernommen sein kann.

Der Hinweis auf das Allgemeine Landrecht spricht ebenfalls gegen die Lehre des willenlosen Eigenbesitzerwerbes. Es wird im Allgemeinen Landrecht (I. Teil, 7. Titel, § 7) der vollständige Besitz geschützt. Unter diesem ist aber nur, wie Auerbach selbst zugibt, der Besitz mit animus domini zu verstehen, das gehe besonders aus den Materialien hervor[31]). Der vollständige Besitz des Allgemeinen Landrechts erfordert nach Auerbach den Besitzwillen[32]). Es dürfte daher nicht konsequent gehandelt sein, wenn man für den Eigenbesitzerwerb den Willen für unwesentlich erachtet, obgleich doch der vollständige Besitz des Allgemeinen Landrechts mit dem Eigenbesitz des bürgerlichen Rechts fast völlig übereinstimme[33]). Wenn dort, so wird man auch für diesen Begriff den Willen als wesentlich erachten müssen.

Auch Dernburgs „Stellung des Eigentümers" bedeutet nur, daß der Besitzer, um jene Stellung zu erlangen, in bestimmter Absicht, d. h. nach bestimmtem Willen, handeln muß. Seiner Absicht entsprechend muß sich der Besitzer in eine bestimmte räumliche Be-

---

[29]) Hübner, Grundzüge d. dt. Privatrechts S. 204; Huber a.a.O. S. 42; vgl. Heusler, Institutionen d. dt. Privatrecht (1886) S. 20). Naendrupp, Rechtsscheinforschungen Heft 2: Die Gewеretheorien (1910); Gierke, Priv. R. II § 191 ff.; Stintzing Besitz, Gewere, Rechtsschein im Arch. ziv. Pr. 109, 1912, 347—425.

[30]) Auerbach a.a.O. S. 19; Friebe a.a.O. S. 67.

[31]) Siméon-Strampff, Materialien S. 113.

[32]) Auerbach a.a.O. S. 8.

[33]) siehe Anmerkung 32.

ziehung zur Sache bringen. Das aber kann der Besitzer nur erreichen, wenn er den entsprechenden Willen hat und demgemäß handelt.

Ebenso ist der „Zweck" auf den Willen des Besitzers zurückzuführen. Man kann auch hier nicht der Ansicht folgen, daß es auf den Zweck des Besitzes ankomme, und daß auch Tatsachen als solche Zwecke haben können. Bereits aus dem Zweck des Besitzes soll man auf die Art des Besitzes schließen können[34]). Diese Ansicht dürfte abwegig sein. Wenn eine Sache einen bestimmten Zweck hat, so doch nur, weil ihr dieser Zweck durch den Willen eines Menschen gesetzt ist. Der Mensch kann den Zweck einer Sache bestimmen. Je nach den gegebenen Verhältnissen hat ein Geländestreifen etwa den Zweck, als Ackerland oder als Truppenübungsplatz zu dienen. Niemand wird behaupten, daß das Land schon durch sein bloßes Vorhandensein diesen Zweck habe. Man wird hier der von Manigk vertretenen Ansicht beistimmen müssen, daß der Besitz als solcher keinen Zweck hat. Nur der Besitzer kann Zwecke haben[35]). Von diesem Standpunkt aus führt sowohl der „Zweck" des Besitzes wie Dernburgs „Stellung des Eigentümers" auf den Willen des Besitzers zurück.

Auch der Lehre Martin Wolffs kann nicht beigetreten werden. Es ist zunächst die Meinung durchaus unbegründet, daß der Eigenbesitz nur da, wo der Besitz auf dem Willen beruhe, durch die Richtung dieses Willens bestimmt werde[36]). Der § 872 gibt die einheitliche Regelung des Eigenbesitzerwerbes; er rechtfertigt nicht eine Spaltung der Behandlung. Auch die Behandlung des Besitzerwerbes ist bei M. Wolff nicht beifallswert. Der § 857 BGB sagt: „Der Besitz geht auf den Erben über." Es ist richtig, daß diese allgemeine Fassung des Gesetzes Zweifel darüber hervorruft, was hier unter Besitz zu verstehen sei. Bei der Auslegung ist aber daran festzuhalten, daß diese Vorschrift eine Ergänzung zu der Bestimmung des § 854 BGB darstellt, wonach der Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache erworben wird. Der Erbe dagegen soll die tatsächliche Gewalt im sozialen Sinne auch ohne besonderen Besitzergreifungsakt haben. Der Erbenbesitz steht also unter anderen Bedingungen. Nach einigen Autoren geht das durch den Besitz begründete Rechtsverhältnis auf den Erben über, während die tatsächliche Herrschaft über die Sache als solche von der wirklichen Lage der Dinge abhänge[37]). Andere sehen in § 857 BGB lediglich den Beweis, daß der Besitz nicht die tat-

---

[34]) Auerbach a.a.O. S. 21.

[35]) Manigk, Arch. f. Bürg. R. 25, 319.

[36]) M. Wolff, Sachenrecht § 7 Ziff. 1.

[37]) Vgl. Strohal, Erbr. § 63 III; Biermann Erl. zu § 857 BGB; Staudinger, Erl. I,1 zu § 857 BGB.

sächliche Gewalt über die Sache ist, sondern vielmehr die rechtliche Stellung, die das Gesetz an die Begründung der tatsächlichen Gewalt knüpft[38]). Richtig ist, daß der Erbenbesitz nicht als tatsächliche Gewalt oder Sachherrschaft über eine Sache aufgefaßt werden darf. Vielmehr wird man sagen müssen, daß der vom Erblasser erworbene Besitz hier in einer rechtlichen Beziehung der Sache zu einer bestimmten Person besteht[39]). In diese vorhandene rechtliche Beziehung tritt der Erbe durch den Erbfall ein, ohne einen weiteren Erwerbsakt seinerseits vornehmen zu müssen. Es gelangt also alles, was der Erblasser im Augenblick des Todes besitzt, in den — unmittelbaren oder mittelbaren — Besitz des Erben[40]).

Mehr kann dem Besitzbegriff des § 857 BGB nicht entnommen werden. Der § 857 BGB entscheidet nicht, ob der Erbe nun Fremdbesitzer oder Eigenbesitzer werde. Denn, wenn auch durch § 857 BGB eine Ergänzung von § 854 BGB geschaffen wurde, so besteht kein Grund zu der Annahme, daß § 872 BGB ausgeschaltet werden sollte. Im Gegenteil, es geht daraus, daß das Gesetz den Begriff Eigenbesitz kennt und in der Ausnahmevorschrift nur vom Besitz spricht, hervor, daß mit dieser Bestimmung nur der Besitz schlechthin, nicht auch der Eigenbesitz, gemeint sein sollte. Eine derart weitgehende Auslegung würde dem Sinn der vom Gesetz getroffenen Regelung des Eigenbesitzes widersprechen. Nach § 872 BGB liegt Eigenbesitz nur dann vor, wenn jemand eine Sache als ihm gehörend besitzt. Das bedeutet, daß er die Sache mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein, besitzen muß[41]). Es ist nicht möglich, eine Sache mit diesem Willen zu besitzen, wenn man keine Kenntnis davon hat, daß man — durch Erbfall — Besitzer kraft Gesetzes geworden ist. Auch der Erbbesitzer muß daher, um Eigenbesitzer zu sein, den Willen haben, die Sache als ihm gehörend zu besitzen.

Der Beweis M. Wolffs dafür, daß im Falle des Besitzerwerbes kraft Gesetzes der Wille unbeachtlich sei und der Erbe auch ohne oder gegen seinen Willen Eigenbesitzer werde, ist mißlungen. Jene Behauptung ist nur insoweit richtig, als sie vom Besitz schlechthin spricht. Für diesen ist ein Wille des Erben nicht erforderlich. Soll der Erbe jedoch eine besondere Art des Besitzes, nämlich Eigenbesitz, erwerben, so muß er den entsprechenden Willen fassen. Für den Erwerb des Eigenbesitzes ist nur die Bestimmung des § 872 BGB maßgeblich. Daran ändert die vorangehende nur vom Besitz sprechende Vorschrift des § 857 BGB nichts. Der Erbe kann seine Besitzstellung in Eigenbesitzstellung umwandeln, um mehr zu erlangen, als ihm das Gesetz als Erben zubilligt. Dann muß er aber

---

38) Vgl. Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 46.
39) Vgl. Planck-Brodmann, Anm. 2 zu § 857.
40) Planck-Brodmann § 857 BGB u. RGRK zu § 857 BGB.
41) RG 54, 135. 81, 66.

auch die weiteren Voraussetzungen erfüllen[42]). Der Erbe kann also Eigenbesitzer nur gemäß § 872 BGB werden. Der Verwahrer, der den Hinterleger beerbt, aber einen Dritten für den Erben hält, wird also nicht, wie Wolff lehrt, Eigenbesitzer, sondern, seinem Willen entsprechend, bleibt er zunächst Fremdbesitzer oder aber Erbschaftsbesitzer schlechthin. Fremdbesitz setzt nicht das Bestehen eines Eigenbesitzes voraus: Wer eine herrenlose Sache nur für verloren hält und sie in Obhut nimmt, ist Fremdbesitzer[43]). Auf ihn kann daher § 958 BGB nicht angewandt werden.

Der Versuch Auerbachs, dem Willen beim Erwerb des Eigenbesitzes auf Grund der geschichtlichen Entwickelung, der Auslegung der Worte „als ihm gehörend" und der objektiven Lehre M. Wolffs auszuschalten, mußte fehlschlagen[44]). Das gleiche negative Ergebnis wird man bei einer Untersuchung der äußeren Merkmale erhalten, die von den Vertretern der hier bekämpften Ansicht zum Beweis für die Richtigkeit ihrer Meinung angeführt werden.

Als wichtigstes äußeres Merkmal, das zur Entscheidung darüber, ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz vorliege, genügen soll, wird die causa genannt, d. h. das dem Besitzerwerb zugrundeliegende Rechtsverhältnis. Der wirkliche Wert der causa wird am besten zu erkennen sein, wenn man die Bedeutung der causa an einem bestimmten Fall prüft. Wir wählen, um die Gegner zu Wort kommen zu lassen, folgenden von Auerbach selbst angeführten Fall. Es ist dem E. ein Pferd gestohlen worden. E. benötigt ein Pferd und mietet eins von D. Der D. ist der Pferdedieb und hat dem E. das gestohlene Pferd vermietet. Welche Art von Besitz hat E, wenn er das Pferd als das ihm gestohlene erkennt und das gemietete Pferd, da es ja sein Eigentum ist, auch jetzt als sein Eigentum behalten will?

Die Antwort versucht man hier unter Berufung auf die äußeren Merkmale zu geben. Äußeres Merkmal sei die causa, d. h. das zwischen E und D bestehende Rechtsverhältnis, der Mietvertrag. Dieser vermittle dem E nur Fremdbesitz. Es liege also ein nach außen nur Fremdbesitz vermittelndes Rechtsverhältnis vor, und dieses sei maßgebend. Durch den inneren Willen des E könne hieran nichts geändert werden.

Das eben kann nicht zugestanden werden. Es ist nicht angängig, daß hier allein durch das Schuldverhältnis die Natur des Besitzes

---

42) RGRK zu § 857 BGB: „Es ist überhaupt nicht ausgeschlossen, daß der Erbe nach Übergang des Besitzes gemäß § 857 BGB durch Inbesitznahme der Sache außerdem noch in Gemäßheit des § 872 BGB den Eigenbesitz erlangt."

43) Dazu vergl. auch unten S. 31 (zu M. Wolff) vgl. auch RG. 81,294.

44) Vgl. RGRK zu § 872 BGB, wo ebenfalls dieser Standpunkt vertreten wird.

bestimmt werde. Hierin gerade zeigt sich offenbar der Fehler dieser Lehre. Auch der Mieter, der als solcher Fremdbesitzer ist, kann die Sache als Eigenbesitzer behalten wollen. Durch die betätigte Willensänderung wird die Änderung des Besitzverhältnisses hervorgerufen. Nur so kann man zu einem Ergebnis gelangen, das dem Rechtsempfinden und der Billigkeit entspricht, während es geradezu dem Rechtsgefühl widersprechen würde, wollte man der causa eine derartig bindende Kraft zugestehen. Eine solche Lehre ist mit Wortlaut und Sinn des § 872 BGB auch nicht zu begründen.

Doch nicht die causa allein ist es, auf die sich die Vertreter dieser Lehre stützen. Die causa sei zwar das hauptsächlichste, aber nicht das einzigste Mittel, um feststellen zu können, ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz erworben worden ist[45]). Abgesehen von der causa, könne auch aus dem äußeren Verhalten des Besitzers der Anschein der Eigentumsverwirklichung erweckt werden[46]). Werde der Anschein erweckt, der Besitz bezwecke die Ausführung des Eigentums, so soll dies vollständig genügen.

Die Bedeutung, die man hier dem bloßen äußeren Verhalten zubilligen will, besitzt es in Wirklichkeit nicht; denn auch das äußere Verhalten ist stets auf einen Willen zurückzuführen. Es muß ein Wille vorliegen, sich gerade so zu verhalten. Daher kann man nicht sagen, daß das äußere Verhalten, unter Ausschluß jeden Willens, das Vorliegen eines bestimmten Rechtsinstitutes bestimme.

Vielmehr kann das äußere Verhalten zu einer solchen Entscheidung nicht ausreichen, gerade weil das äußere Verhalten einen nur geringen Anhalt gibt. Am besten untersucht man auch hier an einem praktischen Fall die Bedeutung dieses Merkmales. Haben wir vorher einen von den Gegnern gebrachten Fall erörtert, so wählen wir jetzt einen Fall, den M a n i g k (Arch. f. Bürg. Recht 25,310) vorträgt: Es findet jemand eine Sache auf der Straße und steckt sie ein. Ist aus diesem äußeren Verhalten des Finders (F) auf den Erwerb von Eigenbesitz oder Fremdbesitz zu schließen?

Nach der gegnerischen Meinung soll sich die Antwort allein aus dem äußeren Verhalten ergeben. Aus der Tatsache des Einsteckens allein kann aber auf Eigenbesitzerwerb nicht geschlossen werden. Wenn festgestellt wird, daß F im Augenblick des Einsteckens den Willen hatte, die Sache abzuliefern, ist er offenbar Fremdbesitzer. Entscheidend bleibt allein, welcher wirkliche Wille dem Verhalten zugrundelag. Man kann sich nicht damit abfinden, daß der Finder stets Fremdbesitzer sei, da die causa für Fremdbesitz entscheide[47]). Nicht die Bedeutung der causa, sondern die des

---

45) Auerbach a.a.O. S. 24.
46) Dernburg, Sachenrecht 1908 S. 51;
47) Auerbach a.a.O. S. 24.

äußeren Verhaltens sollte hier dargelegt werden. Diese Darstellung umgeht aber Auerbach und kommt wieder auf seine Kausallehre zurück. Das äußere Verhalten des Finders kann einen Anhaltspunkt für die Entscheidung über das vorliegende Besitzverhältnis geben, aber nur als Indiz für den entscheidenden wirklichen Willen. Dem äußeren Verhalten allein kommt daher gar keine Bedeutung zu. Damit entfällt auch jede Begründung für Auerbachs Formel, daß „Eigenbesitz anzunehmen sei, sofern der Besitz sich nicht auf ein Verhältnis gründet, das offensichtlich bestimmt ist, Fremdbesitz zu schaffen[48])."

So sind auch die Versuche der Gegner, ihre Lehre auf die äußeren Merkmale des Besitzerwerbes zu stützen, fehlgeschlagen. Das Ergebnis ist also: Weder der Entwicklungsgang des Begriffes „Eigenbesitz" noch die äußeren Merkmale sprechen für einen willenlosen Eigenbesitzerwerb.

II. Vielmehr wird beim Erwerb des Eigenbesitzes der Wille des Besitzers berücksichtigt werden müssen. Diese Ansicht kann jetzt als die in Wissenschaft und Praxis herrschende bezeichnet werden.

O. Gierke (Dt. Privatrecht II S. 115):

„Zum Besitzerwerb ist erforderlich, daß der Erfolg gewollt ist; denn ohne eine Prüfung des Willensinhaltes läßt sich einer die Sache einer Person unterwerfenden Handlung, mag sie im vollen Ergreifen oder bloßen Betreten oder Berühren bestehen, niemals ansehen, ob sie Besitz oder nur vorübergehende Innehabung und ob sie im ersten Fall Eigenbesitz oder Besitz eines anderen begründet."

Planck (Komment. vor § 854 A. 3 a E):

„Für den Begriff des Eigenbesitzes bildet gerade der Zweck des Besitzes das entscheidende Merkmal. Dieser Zweck des Besitzes, als ihn gehörend zu besitzen, braucht nicht erklärt zu werden, wenn die Handlung originären Erwerb begründet. Der Wille als solcher erzeugt hier den Eigenbesitz und dessen etwaige weitere Folgen."

Strohal (Jher. Jahrb. 38,13):

„Eigenbesitz ist mit dem Bewußtsein, nicht Eigentümer zu sein, sehr wohl verträglich. Auch wer den Besitz in bewußt rechtswidriger Weise erlangt hat, ist, wenn sein Wille auf eigentumsgleiches Haben gerichtet ist, Eigenbesitzer."

Staudinger (zu § 872 A. 5.):

„Zum Erwerb des Eigenbesitzes ist notwendig unmittelbarer oder mittelbarer Besitz, verbunden mit dem Willen des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen."

Man wird mit Dernburg sagen müssen, daß der Wille allein der Schöpfer des Besitzes ist[49]). Denn die bloße körperliche

[48]) Auerbach a.a.O. S. 23.
[49]) Dernburg, Sachenrecht § 17.

Beziehung des Subjekts zur Sache kann etwas Vorübergehendes sein. Der Wille erst gestaltet sie zur wirklichen Herrschaft. Dieser Wille ist der intensivste Herrschaftswille[50]). Erst wenn der Besitzwille zur tatsächlichen Herrschaft hinzukommt, ist ein vollkommenes Besitzverhältnis vorhanden.

Dem Standpunkt der Wissenschaft hat sich die Praxis angeschlossen. In einer Entscheidung über den Eigenbesitz sagt das Reichsgericht:

„Vollständiger oder Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als seine eigene, als ihm gehörig besitzt, wer sie also mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein, besitzt[51])."

Auch Gesetze des 19. Jahrhunderts haben den animus domini zum Begriffsmerkmal des Besitzes erhoben. So das österreichische BGB von 1811.

> § 309: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer."

Sächsisches BGB von 1863, § 186:

> „Wer eine Sache tatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber und wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigentum auszuüben, Besitzer derselben."

Ohne den Willen ist ein Erwerb des Eigenbesitzes nicht möglich. Es läßt sich ohne Berücksichtigung des Willens keine Entscheidung darüber fällen, ob jemand Eigenbesitz oder Fremdbesitz erworben hat[52]).

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch die Behandlung des Eigenbesitzerwerbes im Steuerrecht. Nach § 4 RAO soll im Steuerrecht die wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich sein. Dem Parteiwillen muß es überlassen bleiben, die Bestimmung und Veränderung der wirtschaftlichen Lage herbeizuführen. In diesem Sinne hat sich auch OVGSt 5,221 geäußert und denjenigen als steuerpflichtig bezeichnet, der nach dem Willen der Parteien über die Sache herrschen solle. Daher hängt es im Steuerrecht von dem Willen der Parteien ab, ob jemand als Eigenbesitzer zu behandeln ist oder nicht[53]).

E. Es ist aber des weiteren durchaus streitig, welche rechtliche Natur diesem Willen des Eigenbesitzers zukomme. Die einen be-

---

50) Eck-Leonhard, Vortr. II S. 6.

51) RG 54, 135. Ebenso RG 81, 66; JW. 16,40; Seuff. Arch. 78. N. 82. Vgl. ferner RGRK § 872.

52) Biermann zu § 872 BGB; JW 1916, 39. Siméon-David, Recht u. Rechtsgang, 1929, S. 7; Jak. Wolff Begriff des Besitzes S. 13 verlangt nur einen animus rem sibi habendi. Dieser animus sei ein Plus, das der Eigenbesitz dem Besitzbegriff voraushabe.

53) RFH 14, 217. Hachenburg Stu. W. S. 990. vgl. Kutschmann; das „wirtschaftliche Eigentum" im Steuerrecht S. 40, 43.

haupten, daß der Wille ein natürlicher sei. Daher fragt sich, ob auch Geschäftsunfähige ihn haben können[54]) oder ob es ein rechtsgeschäftlicher sei, den Geschäftsunfähige nicht haben können[55]).

An dieser Stelle muß über die Ausdrücke natürlicher und rechtsgeschäftlicher Wille gehandelt werden. Diese Bezeichnungen werden in der Wissenschaft vielfach gebraucht, ohne aber gerade den Willen, den man mit dieser Bezeichnung belegt, zu kennzeichnen. Unter dem natürlichen Willen hat man nur den Willen zu verstehen, der jeder natürlichen Bewegung oder Handlung des Menschen vorausgeht, da diese immer auf einen Willen zurückzuführen ist. Dieser Wille ist der unmittelbare Wille zur Handlung. Ihn hat auch jeder Geschäftsunfähige[56]). Und gerade diesen Willen hat man mit der Bezeichnung „natürlicher Wille" nicht treffen wollen. Vielmehr soll der „natürliche Wille" nur den Gegensatz zu dem juristischen Willen bedeuten, d. h. dem Willen, der zur Erfüllung eines Rechtsgeschäfts erforderlich ist[57]). Diesen gegensätzlichen Willen kann man aber nicht mit dem Ausdruck „natürlicher Wille" bezeichnen. Man hat daher unter dem natürlichen Willen einen besonderen Handlungswillen zu verstehen, den auch Geschäftsunfähige haben können, also solche Personen, die einen auf Rechtsfolge gerichteten Willen rechtswirksam nicht fassen können. Daher wird anstelle des Ausdruckes „natürlicher Wille" von einem Handlungswillen gesprochen werden müssen. Auch die Bezeichnung „rechtsgeschäftlicher Wille" ist nicht sehr günstig gewählt; denn es geht auch aus diesem Ausdruck nicht eindeutig hervor, welche Funktion diesem Willen zukommt. Es soll der Wille auf eine Rechtsfolge gerichtet sein. Daher dürfte der Ausdruck „Rechtsfolgewille" passender erscheinen. Diese beiden Bezeichnungen werden in dieser Arbeit anstelle der Ausdrücke „natürlicher Wille" und „rechtsgeschäftlicher Wille" angewandt werden.

I. Nach dieser notwendigen Erläuterung können wir uns wider der Prüfung der rechtlichen Natur des Willens beim Eigenbesitzerwerb zuwenden.

Für den Eigenbesitzerwerb genüge ein Handlungswille, da durch den Eigenbesitzerwerb nur ein tatsächliches Verhältnis geschaffen werde, bei dem ein Rechtserfolg nicht herbeizuführen beabsichtigt wird[58]). Das Gesetz habe zwar den Willen zu einer besonderen Voraussetzung für den Besitzerwerb erhoben, aber es sei

---

[54]) Planck, Bem. 1 zu § 872 BGB; Dernburg, Sachenrecht § 17; Fischer-Henle zu § 872.

[55]) Manigk, Arch. f. Bürg. R. 25, 324; Biermann, Bem. 1 zu § 872 BGB; Dittenberger, Schutz d. Kindes, S. 103 f.

[56]) Vgl. Zitelmann, Irrtum, S. 33 ff.

[57]) Dernburg, Sachenrecht § 17 S. 65; Kniep, Der Besitz, 1900, S. 104 Fischer-Henle, Bem. 1 zu § 872; Crome III § 344.

[58]) RGRK 1929 zu § 872.

doch entscheidend, daß letzten Endes auch der Eigenbesitz nur ein tatsächliches Verhältnis darstelle. Es sei weder der Besitzerwerb noch die dem Besitz nachfolgende Erklärung dieses Willens auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet. Es sei also kein Rechtswille erforderlich[59]). Daher genüge ein der tatsächlichen Herrschaft entsprechendes Willensverhältnis, ein besonderer juristischer Wille werde nicht verlangt[60]). Für den Erwerb des Eigenbesitzes soll hiernach der Handlungswille genügen. Dieser Handlungswille soll nach einigen jedoch nicht ohne jede Einschränkung zum Erwerb des Eigenbesitzes ausreichen[61]). Es wird hier verlangt, daß bei dem Handlungswillen die Einsicht des Handelnden es ermöglichen müsse, eine Sache als ihm gehörig besitzen zu können. Diese Einsicht wird auch von Kindern und Geisteskranken verlangt. Liegt die Einsicht vor, dann soll es auch den genannten Personen möglich sein, rechtswirksam den Willen zu fassen, Eigenbesitz zu erwerben.

Bei der Aufstellung dieser Forderung ist den Vertretern dieser Lehre ein Fehler unterlaufen. Sie beachten nicht, daß die geltende Rechtsordnung die Handlungsfähigkeit der Geschäftsunfähigen in keinem Falle von dem relativen Maße ihrer Einsicht abhängig macht. Auch im Falle des § 828 BGB, der Normierung der Deliktsfähigkeit, findet eine solche Abhängigmachung nicht statt. Die Geschäftsunfähigen befinden sich im äußersten Grad unvollkommener Geschäftsfähigkeit. Dabei kommt es auf die individuelle Einsicht des Einzelnen nicht an. Aus diesem Grunde schon ist ein Handlungswille mit dieser Einschränkung abzulehnen.

II. Selbst wenn man jedoch von dieser Einschränkung absieht, kann der Handlungswille zur Erlangung des Eigenbesitzes nicht ausreichen. Denn ein Handlungswille kann nicht geeignet sein, die mit dem Erwerb des Eigenbesitzes verbundenen rechtlichen Wirkungen zu erzeugen.

Solche Wirkungen können nur durch einen auf eine Rechtsfolge gerichteten Willen hervorgebracht werden. Wenn aber hier behauptet wird, daß diese Wirkungen nur dem Rechtsfolgewillen entspringen, so wird der Beweis zu führen sein, daß tatsächlich ein so gestalteter Wille vorliegt. Dazu muß der Wille als Rechtsfolgewille die für ein Rechtsgeschäft nötigen Voraussetzungen erfüllen. Ob der Wille den Erfordernissen des Rechtsgeschäfts genügt, wird aber erst dann geprüft werden können, wenn der Begriff des Rechtsgeschäftes und seine Merkmale selbst festgestellt sind. Daher muß

[59]) Burghoff, Besitzwille S. 35; Thoma, Besitzwille S. 28.
[60]) Planck, Sachenrecht S. 101; Kipp, JHR 54, 609; Kniep a.a.O. 104; Gierke, Dt. Pr. II S. 132; Crome III § 343.
[61]) Dernburg, Bürg. Recht III § 17 a. E.

zunächst der Begriff des Rechtsgeschäfts in Kürze klargestellt werden.

a) In den alten Rechten findet sich der Begriff nicht. Auch die Römer hatten für unser heutiges „Rechtsgeschäft" keinen bestimmten Ausdruck. Eine Definition dafür findet sich jedenfalls nirgends, wenn auch das Institut als solches den Römern bekannt gewesen ist; denn sie hatten bestimmte Normen — leges dispositivae — herausgebildet, die den Begriff des Rechtsgeschäfts voraussetzten[62]). Der Begriff „Rechtsgeschäft" ist daher ein geschichtlich empirisches Produkt. Die Bestimmung des Begriffes, seine Definition, blieb späteren Forschungen vorbehalten. Aus dem Bestreben, sich von der römischen Kasuistik zu befreien, entwickelte sich der Begriff vor ungefähr zwei Jahrhunderten. Man suchte den Begriff in zahlreichen Untersuchungen zu bestimmen, und zwar gaben die einzelnen Definitionen dem Begriff, von kleineren Abweichungen abgesehen, fast denselben Inhalt. Einige Begriffsbestimmungen mögen hier angeführt sein.

Savigny, System des röm. Rechts III, 98:

> „Unter Rechtsgeschäft sind diejenigen Tatsachen zu verstehen, die nicht nur freie Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist."

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 281:

> „Rechtsgeschäfte sind also die Handlungen mit gewillkürter Rechtsfolge. Dies ist das charakteristische Merkmal, welches in dem Namen „Rechtsgeschäft" selbst ausgesprochen ist."

Der wissenschaftlichen Behandlung schloß sich die Gesetzgebung, soweit sie sich überhaupt mit der Definition des Rechtsgeschäftes befaßte, an. Da das Gesetz selbst eine derartige Definition nicht gibt, müssen wir uns mit dem, was aus den Motiven zu ersehen ist, begenügen. Nach Motiven I,126 wollte man unter Rechtsgeschäft „Willenserklärungen verstehen, gerichtet auf Hervorbringung eines Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist."

In diesen Begriffsbestimmungen kehrt der Gedanke wieder, daß der Erfolgswille vorhanden sein müsse. Die Rechtswirkungen müssen gewollt sein. Der Erfolgswille ist dem Rechtsgeschäft essentiell. Der Erfolgswille, d. h. die innere Absicht, die auf einen Rechtserfolg gerichtet ist, ist der Kern des Rechtsgeschäftsbegriffes[63]).

2. Andererseits wird die Erklärung des Willens gefordert. Die Erklärung des Willens sei ein weiteres wesentliches Merkmal des

[62]) Manigk, Iher. Jahrb. 83,11; ferner: Irrtum und Auslegung S. 16, 17, 22 Anm. 2; vgl. auch Enneccerus, Begriff und Wirkung d. Suspensivbedingung, 1871 S. 12; Eb. Bruck, Bedingungsfeindl. Rechtsgesch. 1904 S. 6.

[63]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 54.

Rechtsgeschäftes. Hiernach decken sich nur die Willenserklärungen mit den Handlungen gewillkürter Rechtsfolge[64]). Die Willenserklärung sei ein unentbehrliches Stück des den Rechtsgeschäftsbegriff bildenden Tatbestandes[65]).

aa) Man geht bei dieser Forderung davon aus, daß das Privatrecht ein praktisches Verkehrsrecht sei und bloß im Inneren des Menschen existente Tatsachen nicht zu rechtlich erheblichen machen könne[66]).

Auch für die gesetzliche Auslegung sollte diese Ansicht gelten. Die Motive I,126 lassen erkennen, daß eine Erklärung des Willens gefordert werden sollte. „Rechtsgeschäft i. S. des Bürgerlichen Gesetzbuches ist eine Willenserklärung . . .".

In dieser allgemeinen Form stets eine Erklärung des Willens zu verlangen, ist nicht angängig. Es gibt Fälle, bei denen unter Umständen die Erklärung des Willens nicht erforderlich ist und die doch unter den Begriff „Rechtsgeschäft" fallen. Das ergibt sich aus der Natur der Willenserklärung. Denn die Willenserklärung ist „eine Äußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient[67])". Die Willenserklärung im juristischen Sinn ist die Offenbarung einer auf einen Rechtserfolg gerichteten Erklärung und geschieht in der Absicht, ein Zeichen zur Erkennung des Willens zu setzen[68]). Zweck der Erklärung ist es also, daß ein anderer ein Abbild der inneren, nicht wahrnehmbaren Absicht, der geistigen Vorstellung von einem Erfolg und der zu dem Erfolg führenden Handlung erhält.

Bei einzelnen Rechtsgeschäften ist allerdings die Erklärung zur Erforschung des Willens zu fordern. Aber dies doch nur bei solchen zweiseitigen und einseitigen Rechtsgeschäften, bei denen eine Erklärung erforderlich ist, um dem Vertragsgegner den Willen des Handelnden zu übermitteln. Dieses kann auch bei einseitigen Rechtsgeschäften, z. B. der Auslobung, Stiftung und Kündigung, notwendig sein, wenn sie eine fremde Rechtssphäre berühren.

Jedoch bei den einseitigen Rechtsgeschäften, die nur die eigene Rechtssphäre des Handelnden berühren, wird man die Willenserklärung nicht verlangen können, sie ist hier sogar überflüssig. Eine Rechtswirkung tritt nicht immer nur, d. h. also auch bei den einseitigen Rechtsgeschäften — gegenüber anderen Interessenten ein. Der Ansicht, daß Willenserklärungen wie Willensbetätigungen immer erst dann echte Rechtswirkungen haben, wenn sie in Beziehungen zu anderen Rechtssubjekten treten, kann nicht gefolgt

[64]) Zitelmann a.a.O. S. 277, 288; Dernburg, Pand. I S. 96 und 215.
[65]) Bekker 2,89; vgl. Matthiass a.a.O. S. 150.
[66]) Keller, Pand. 5.
[67]) Manigk, WE u. WG. S. 191.
[68]) Manigk, WE u. WG S. 205, 225.

werden[69]). Einige Rechtsgeschäfte, so z. B. Aneignung, Dereliktion, Testamentsvernichtung, können gar nicht in eine Beziehung zu anderen treten[70]). Wem gegenüber sollte bei diesen Rechtsgeschäften wohl die Beziehung bestehen? Wollte man hier Nipperdey zustimmen, so müßte man zu hohe Anforderungen an jeden stellen, der ein solches einseitiges Rechtsgeschäft vornimmt. Es müßte sich der Aneignende stets bewußt sein, daß sein Handeln von anderen unbekannten anders gedeutet wird und er für seine Handlung nach der Auffassung der anderen haften müßte[71]). Das aber kann niemand zugemutet werden.

Auch stellt das Gesetz selbst nicht einmal derartige Anforderungen. So wird z. B. durch die Erfüllung der im § 959 BGB bestimmten Tatsachen noch keine Willenserklärung abgegeben und für niemanden eine ihm zurechenbare Vertrauenslage geschaffen[72]). Das von Nipperdey geforderte Betätigungsbewußtsein widerspricht auch dem Sinn der Bestimmung des § 151 BGB. In diesem soll durch den Verzicht auf die Erklärung der Vertragsschluß zu möglichst frühem Zeitpunkt ermöglicht werden. Folgte man der Ansicht Nipperdeys, so würde der Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur weiter hinausgeschoben werden. Man muß also zu dem Ergebnis kommen, daß eine Erklärung in diesen Fällen nicht notwendig ist. An der Vornahme einer Kundgebung hat hier niemand ein Interesse. So hat niemand ein Interesse daran zu erfahren, daß jemand eine Sache in Eigenbesitz genommen hat. Daß dieser Wille, der niemand interessiert, noch erklärt werden soll, wird nicht gefordert werden dürfen. Ein solches Verlangen läßt sich auch nicht aus § 872 BGB herleiten. Dort heißt es: „Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer." Daß auch die Erklärung „als ihm gehörend besitzen zu wollen", erforderlich ist, geht aus dem Wortlaut nicht hervor. Auch hier genügt die Betätigung oder Verwirklichung des animus domini.

bb) Das aber geben die Gegner, die im Rechtsgeschäft stets eine Willenserklärung verlangen, nicht zu, sie wollen nicht vollständig auf die Willenserklärung verzichten[73]). Allerdings bestreiten auch sie nicht, daß nicht überall eine ausdrückliche Willenserklärung abgegeben werden muß. Dann aber müsse wenigstens in dem Tatbestande des Rechtsgeschäfts eine konkludente Willenserklärung enthalten sein. Eine solche konkludent sich ergebende Willenserklärung sucht man auch für die einseitigen Rechtsgeschäfte, z. B. den Eigenbesitz, zu konstruieren.

[69]) Enneccerus-Nipperdey S. 440 Anm. 7.
[70]) Manigk, Iher. Jahrb. 83, 69.
[71]) Manigk, Iher. Jahrb. 83, 70.
[72]) Manigk, Iher. Jahrb. 83, 71 Anm. 1.
[73]) Staudinger, Bem. 5 zu § 872 BGB; Planck, Bem. 4a zu § 872 BGB; RG 81,294; vgl. hierzu bes. Manigk, Anwendungsgebiet S. 31.

Es wird davon ausgegangen, daß man, um eine Sache als Eigenbesitzer besitzen zu können, sie erst einmal in Besitz genommen haben muß. Die Inbesitznahme verlange animus und corpus. Aus dem corpus, der corpus-Handlung, ergebe sich konkludent die Willenserklärung. Hier wie bei allen derartigen Rechtsgeschäften, auch solchen, die auf dem Eigenbesitz aufgebaut sind, wie die occupatio, deute das in diesen Tatbeständen nötige corpus auf den entsprechenden Willen hin. Es ist zwar richtig, daß der Tatbestand dieser Rechtsgeschäfte außer dem animus auch noch ein corpus verlangt. Aber dieses corpus erfüllt nicht die Voraussetzungen einer stillschweigenden Willenserklärung.

Eine konkludente Willenserklärung muß, um überhaupt als solche gelten zu können, den Willen deutlich erkennen lassen. Allein das corpus beim Besitzerwerb läßt den zugrundeliegenden Willen nicht erkennen. Es kann die Inbesitznahme einer Sache erfolgt sein, um Eigenbesitz oder auch Fremdbesitz zu begründen. Diese Mehrdeutigkeit macht es unmöglich, auf einen bestimmten konkludent erklärten Willen zu schließen.

Auch aus einem anderen Grunde kann aus dem corpus nicht auf eine stillschweigend abgegebene Erklärung geschlossen werden. Eine konkludente Erklärung kann nur einer Handlung oder einem Unterlassen entnommen werden. Unter dem corpus ist jedoch nicht unbedingt eine corpus-Handlung zu verstehen[74]). Das corpus deutet nur darauf hin, daß ein Besitzverhältnis vorliegen, bzw. geschaffen werden muß. Eine besondere Handlung wird da, wo die Rechtsordnung einen Rechtserfolg von dem corpus abhängig macht, nicht gefordert[75]). Nur darauf kommt es in diesem Falle an, daß außer dem Willen noch ein bestimmtes Besitzverhältnis vorliegt.

Es ist z. B. bei § 929 II BGB gleichgültig, auf welche Weise jemand den Besitz erlangt hat. Es genügt, daß er bereits den Besitz hat, es wird nicht etwa als corpus-Handlung die Übergabe verlangt. In gleicher Weise braucht der Fremdbesitzer, der die Sache jetzt als Eigenbesitzer zu besitzen wünscht, die Sache nicht noch einmal in Besitz zu nehmen. Da der Fremdbesitzer die Sache bereits hat, fällt hier jede sog. corpus-Handlung fort. Es reicht das bereits geschaffene Besitzverhältnis, dessen Inhalt nur durch den betätigten Willen des Besitzers geändert wird, vollkommen aus. Wo also bei einem Rechtsgeschäft neben dem animus noch ein corpus verlangt wird, braucht dies nicht in einer „konkludenten" Handlung zu bestehen. Es genügt, daß ein bestimmtes Besitzverhältnis hergestellt ist[76]). Hat man hiernach unter dem corpus nicht eine Handlung zu

[74]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 33.
[75]) Manigk, ebd. S. 193.
[76]) Vgl. Schloßmann, Lehre v. d. Stellvertretung S. 222 Anm. über das Darlehen u. Enneccerus, Rechtsgesch. Bed., Anf.-Termin S. 504 ff.

verstehen, so kann man auch nicht von einer aus dieser — nicht vorhandenen — Handlung sich ergebenden konkludenten Erklärung sprechen. Das corpus als solches kann daher nicht als eine Erklärung des Besitzwillens angesehen werden. Es gibt bei diesen einseitigen Rechtsgeschäften auch nicht einmal eine konkludente Erklärung des Willens. Unser Recht kennt Rechtsinstitute, die auch ohne Willenserklärung zu den Rechtsgeschäften gehören. Unter diesen ist auch der Eigenbesitzerwerb und die occupatio, die den Eigenbesitz voraussetzt. Zur Erfüllung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes ist keine Willenserklärung, auch nicht eine konkludente, erforderlich.

Allerdings wird in der Wissenschaft die Ansicht vertreten, daß eine Erklärung notwendig sei, da die erklärungsbedürftigen Rechtsgeschäfte und erklärungslosen Rechtsgeschäfte — letztere werden von uns Willensgeschäfte genannt — dem Begriffe Willenserklärung einzuordnen seien. Es gebe keinen Unterschied zwischen Willenserklärung und Willensgeschäft[77]). So wird bestritten, daß das Willensgeschäft nicht auch unter die Willenserklärung einzureihen sei und daß es anderen rechtlichen Regeln unterliege. Es wird bestritten, daß beim Willensgeschäft kein Erklärungsbewußtsein nötig sei. Tatsächlich ist dieses Bewußtsein auch nicht erforderlich. Wem gegenüber sollte denn das Erklärungsbewußtsein z. B. bei der Aneignung, die nur die eigene Rechtssphäre des Handelnden berührt, bestehen? Man braucht sich nur die Bedeutung der Erklärung und der für das Willensgeschäft erforderlichen Äußerung vor Augen zu halten, um zu dem Ergebnis zu kommen, daß beim Willensgeschäft eine Erklärung nicht notwendig sein kann. Die Willenserklärung ist immer nur die einzelne Erklärungshandlung, die als solche gewollt sein muß. Die Willensäußerung beim Willensgeschäft dagegen ist lediglich Indiz des Willens. Aus dieser Gegenüberstellung geht der Unterschied klar hervor. Willenserklärung und Willensäußerung können nicht unter einen gemeinsamen Begriff gebracht werden. Auch das zweite Argument von Enneccerus-Nipperdey kann nicht überzeugen. Nipperdey wendet sich dagegen, daß bei Fehlen des Geschäftswillens eine Anfechtung nach der hier vertretenen Ansicht nicht notwendig sei. Es würde, meint Nipperdey, in diesem Falle jeder Vertrauensschutz Dritter entfallen. Nipperdey führt den Fall an, daß jemand ein zugesandtes Buch aufgeschnitten und hierdurch angenommen hat. Für diesen Fall sollen Willensmängel, wenn sie bei der Annahme vorliegen sollten, nur durch Anfechtung geltend gemacht werden können[78]). Dieses Beispiel spricht aber nicht gegen, sondern für die von Manigk vertretene Lehre. Denn gerade Manigk betont, daß die Geltendmachung von Willensmängeln beim Willensgeschäft begrenzt sei

[77]) Enneccerus-Nipperdey S. 440.
[78]) Enneccerus-Nipperdey S. 441.

und daß dort, wo die Willensgeschäfte „in den höheren Aggregatzustand der Willenserklärung treten, was bei allen möglich ist, selbst bei denen, die eine fremde Rechtssphäre nicht berühren, Willensmängel nach § 119 BGB nur durch Anfechtung geltend gemacht werden können[79]).“ Wenn aber „der Oblat die Substanz der Ware in Annahmeabsicht verändert hat, so kann er den Effekt tatsächlich nicht wieder aufheben, also auch die Annahme, die sich in jenem Effekt lediglich ausdrückte, nicht aufheben[80])“. Die Aufhebbarkeit der Rechtsfolge bei einem Willensgeschäft ist daher nur insoweit gestattet, als sie tatsächlich möglich ist. Daher dringt auch dieser Einwand Nipperdeys nicht durch.

Nicht ersichtlich ist auch, weshalb Willenserklärungen wie Willensbetätigungen durch Willensgeschäft immer erst dann echte Rechtswirkungen haben sollen, wenn sie in Beziehung zu anderen Rechtssubjekten treten[81]). Es ist durchaus nicht erforderlich, daß erst eine Beziehung zu anderen Rechtssubjekten hergestellt wird, wenn ein Fremdbesitzer den Willen faßt, die Sache jetzt als Eigenbesitzer zu behalten. Die Rechtswirkung tritt hier auch ohne Herstellung einer Rechtsbeziehung ein.

Bei irrtümlichen Willensgeschäften kann keine Anfechtung, sondern nur Aufklärungsmitteilung bzw. Rückziehbarkeit in Frage kommen[82]).

Daher haben die gegnerischen Ausführungen nicht überzeugen können, sodaß unwiderlegt der Satz aufgestellt werden kann: Die Willensbetätigung beim Willensgeschäft kann ihrer eigenartigen Natur nach nicht unter den Begriff „Willenserklärung“ fallen. Willenserklärung und Willensbetätigung sind grundverschieden.

Verständlich jedoch ist es freilich, daß man die Forderung nach einer Willenserklärung aufstellte. Dazu wurde man leicht durch den Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuches verleitet. Die Wendungen „Rechtsgeschäft“ und „Willenserklärung“ werden dort ohne grundsätzlichen Unterschied nebeneinander gebraucht[83]). Nicht überall, wo das BGB von einem Wollen spricht, ist der Wille, sondern der erklärte Wille gemeint. Das bedeutet, daß hier „Wille“ für Willenserklärung gebraucht worden ist. Das Gesetz überläßt es der Auslegung, in welchem Sinne jedesmal die Bezeichnung „Wille, Absicht oder Zweck“ zu gebrauchen sind. So handelt es sich trotz des kurzen Ausdrucks „Wille“ oder „Absicht“ auch in fol-

---

[79]) Manigk, WE u. WG S. 560.

[80]) Manigk, WE u. WG S. 596.

[81]) Enneccerus-Niperdey S. 440; vgl. auch M. Wolff in Iher. Jahrb. 44, 195.

[82]) Manigk, Iher. Jahrb. 83, 102 Anm. 1.

[83]) Vgl. § 107 BGB mit § 111 BGB u. die §§ 142, 119, 120, 122, 123, 124 BGB. Vgl. ferner Manigk in DJZ 1902, 279; Zitelmann Die Rechtsgeschäfte im Entwurf bei Bekker und Fischer, Heft 7/8 S. 19, 25.

genden Fällen um Willenserklärungen §§ 87, 154 II, 807, 1318, 1646, 1669, 1740, 1752, 1761, 1845, 2097 BGB[84]).

Die gleiche Unklarheit über diesen Begriff findet sich im römischen Recht. Auch dort wird nicht überall, wo die römischen Quellen die Bezeichnungen animus propositio oder mens gebrauchen, der innere Vorgang bezeichnet[85]). Andererseits finden sich auch Stellen, aus denen hervorgeht, daß die Römer auch dem inneren Willen Bedeutung beilegten.

D. 12. 1. 18. Et puto nec mutuum esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.

Zweifellos soll opinio hier nicht den erklärten, sondern den inneren Willen bedeuten[86]). Man sieht hieraus, daß auch im römischen Recht die beiden Begriffe nicht scharf getrennt wurden. Die Auslegung, die die römischen Wendungen im Schrifttum erfuhren, sorgte dafür, daß die Grenze zwischen diesen Begriffen noch schwieriger zu erkennen war. Gerade weil man den Unterschied zwischen den beiden Begriffen nicht machte, hielt man die Willenserklärung für die äußere Erscheinungsform des Rechtsgeschäftes und zugleich für ein notwendiges Stück seines Tatbestandes. Aber man hätte bedenken müssen, daß die Sprache, insbesondere die der Wissenschaft, nicht grundlos zwei besondere Begriffe bildet, wenn durch beide dasselbe ausgedrückt werden soll.

3. Für die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts muß daher die Willenserklärung ausgeschaltet werden. Es genügt hierzu der innere Wille, der Erfolgswille.

aa) Man kann dem inneren Willen seine Bedeutung auch nicht dadurch nehmen, daß man behauptet, der innere Wille vollendete sich erst mit der Erklärung. Es müsse also der innere Wille, um rechtlich wirksam zu sein, dennoch erklärt werden[87]). Es dürfte unbestritten sein, daß jemand einen Willensentschluß gefaßt hat, an ihm unabänderlich festhält und dennoch die Ausführung dieses Entschlusses erst in späterer Zeit vornimmt. Der Wille ist hier schon vor der Erklärung vollendet, selbst wenn mit Rücksicht auf andere eine Erklärung notwendig sein sollte. Dann aber wird man erst recht nicht sagen dürfen, daß dort, wo eine Erklärung nicht erforderlich ist, der Wille zu seiner Vollendung dennoch erklärt werden müsse. Der innere Wille ist ohne Erklärung vollendet und rechtserheblich.

Das Gesetz selbst erkennt durch seine Bestimmungen über die Irrtumsanfechtung den nicht erklärten inneren Willen an. Wäre der innere Wille nicht schon vor der Erklärung existent und vollendet, so könnte man im Rechtsleben niemals von einer Divergenz

[84]) Vgl. Manigk, WE u. WG S. 604, 606.

[85]) Vgl. D. 41,1; 37,6. 39,5,13. 46,3; 34,7. 46,3; 38,1.

[86]) Vgl. auch Leonhard, Irrtum S. 12, nach dem velle in D. 34. 5. 3. den inneren Willen bedeutet.

[87]) Dernburg, Pand. I. 96; Planck, Komm. I § 142.

zwischen Wille und Erklärung sprechen. Denn beide stehen sich in diesen Fällen selbständig gegenüber. Dem abweichenden Willen mißt die Rechtsordnung dadurch Bedeutung bei, daß sie es gestattet, die Erklärung anzufechten oder für nichtig erklären zu lassen.

Auch M. Wolff gibt zu, daß der innere Wille auch ohne Erklärung rechtlich bedeutsam ist[88]). Wolff behandelt den Fall, daß jemand eine derelinquierte Sache, die er z. B. nur für verloren hielt, in Verwahrungsbesitz nimmt und später den Entschluß faßt, sie als Eigenbesitzer zu behalten. Für diesen Fall kommt Wolff zu dem Ergebnis, daß das Eigentum im Augenblick der Entschlußfassung erworben wird. Also auch im Schrifttum wird die Bedeutung des inneren Willens anerkannt.

Alle Versuche, dem inneren Willen seine Bedeutung zu nehmen, müssen erfolglos bleiben. Die rechtliche Erheblichkeit des inneren Willens wird vom Gesetz selbst dadurch anerkannt, daß es durch seine Anfechtungsbestimmungen die Möglichkeit gibt, dem inneren Willen Geltung zu verschaffen. Man wird also, um das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts feststellen zu können, zu prüfen haben, was die Rechtsordnung im Tatbestande der Handlung verlangt. Verlangt sie den Erfolgswillen, so wird durch diese Handlung ein Rechtsgeschäft vorgenommen.

bb) Freilich darf man sich nicht damit begnügen, daß der innere Wille des Besitzers vorhanden ist. Der innere Wille allein genügt nicht, er muß auch zur Tat geworden sein. Der Wille muß, um als juristische Tatsache erheblich zu sein, sich in einem äußeren Verhalten vollendet haben. Anderenfalls ist der Wille nicht beachtlich, da er „sonst auch schon nach seiner psychologischen Natur, die auf ein solches Verhalten drängt, unvollendet ist[89])“. Daher muß der Wille irgendwie geäußert werden. Die Äußerung kann durch eine Handlung oder auch durch ausdrückliche Erklärung geschehen. Die Willensäußerung darf aber nicht mit der Willenserklärung gleichgestellt werden[89*]). Die Willensäußerung kann durch Handeln geschehen und handeln ist nicht dasselbe wie erklären. Erklären ist lediglich eine Art des Handelns, die dort notwendig wird, wo das Recht sie zur Wirksamkeit verlangt[90]). Die Willenserklärung ist immer nur die einzelne Erklärungshandlung, die als solche bewußt gewollt sein muß[91]). Die Erklärung ist nicht selbst Form des Willensinhaltes, sie ist vielmehr der Kern des Aktes selbst und dient allein dem materiellen Zweck der Kundgebung an den Gegner[92]). Die Willensäußerung dient im Gegensatz zur Willenserklärung

[88]) Wolff, Iher. Jahrb. 44, 195 Anm. 137.

[89]) Manigk, WE u. WG S. 604.

[89*]) Pininski, Sachbesitz II, 335 identifiziert beide Begriffe; ebenso Cosack, Bürg. R. I, 145, der nur von Willensäußerung spricht.

[90]) Manigk, WE u. WG 440.

[91]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 73.

nicht dazu, die Absicht, die der Verwirklichung der Handlung dienen soll, jemandem zu offenbaren[93]). Jede gewöhnliche Handlung ist eine Willensäußerung, aber keine Willenserklärung. Man muß im Willen einen unmittelbaren und einen mittelbaren Willen unterscheiden[94]). Der unmittelbare Wille ist der Handlungswille, und dieser Wille wird beim Rechtsgeschäft durch die Willensäußerung kundgetan[95]). Die Willensäußerung ist auch für das Rechtsgeschäft nötig, da man sonst allein auf die äußeren Merkmale angewiesen ist, deren Bedeutung gering ist. Allerdings braucht der Rechtsfolgewille nicht sofort geäußert zu werden. Es genügt, daß der Wille schon bei der in Eigenbesitznahme vorhanden ist und erst später bei einer notwendig gewordenen Entscheidung geäußert wird. Schon dann liegt ein rechtsgeschäftlicher Erwerb bei der Ineigenbesitznahme vor[96]). Es genügt daher, daß der Wille in einem seinem Inhalt zur Zeit entsprechenden körperlichen Verhalten seinen Abschluß gefunden hat[97]).

b) Wer also den Willen hat, eine Sache in der nach § 872 BGB vorgeschriebenen Weise zu besitzen, hat den für ein Rechtsgeschäft erforderlichen Erfolgswillen. Da für den rechtsgeschäftlichen Tatbestand nur dieser innere, geäußerte Rechtsfolgewille erforderlich ist, so erfüllt der Wille, Eigenbesitz zu erwerben, den Tatbestand des Rechtsgeschäfts. Der Eigenbesitzerwerbswille ist ein rechtsgeschäftlicher Wille, ein Rechtsfolgewille[98]).

III. Daß der Eigenbesitzerwerbswille der Rechtsfolgewille ist, ergibt sich auch aus einem anderen Grunde. Nach § 937 BGB muß der Ersitzende Eigenbesitz haben, um Eigentum erlangen zu können. Es liegt nahe, daß das Gesetz bei dem der Ersitzung dienenden Erwerb des Eigenbesitzes denselben Willen des Handelnden voraussetzt, wie beim rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb. Eigenbesitzerwerbswille und Eigentumserwerbswille sind, was ihren tatsächlichen Inhalt betrifft, durchaus identisch. Der Eigenbesitz ist nur

---

92) Manigk, WE u. WG S. 604.

93) Manigk, Anwendungsgebiet S. 23.

94) Zitelmann a.a.O. S. 117, 243.

95) Schall, Parteiwille und Rechtserfolg, S. 12 nennt den unmittelbaren Willen Handlungswillen, voluntas, und den Erfolgswillen consilium. Ebenso macht Leonhard, Allg. T. 253 hier einen scharfen Unterschied.

96) Manigk, Anwendungsgebiet S. 19, 21.

97) Manigk, WE u. WG S. 441.

98) Kress a.a.O. S. 247. Der Wille ist ein juristischer, rechtsgeschäftlicher, auf Rechtswirkungen hinzielender Wille. Vgl. Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. S. 56: „Wenn gefordert wird, daß der Besitzer die Sache als ihm gehörend besitze, so heißt dies, daß er nur den animus, d. h. den Willen, die Sache wie ein Eigentümer zu haben, haben muß." Brodmann bei Planck S. 100: „Es genügt also der Wille, die dem Inhalt des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache zu haben, nicht erforderlich ist der Wille, Eigentum zu haben."

eine juristische Hilfsfigur des Gesetzes. Hier wie dort will der Erwerber als ihm gehörig besitzen, d. h. jeden anderen von der Sache ausschließen und kein besseres Recht anerkennen. Der Eigentumserwerbswille ist ein Rechtsfolgewille. Folglich muß auch, da Eigentumserwerbswille und Eigenbesitzerwerbswille identisch sind, auch letzterer Wille ein Rechtsfolgewille sei.

Diese Ansicht wird nur von denen bestritten, die behaupten, daß es genüge, wenn der Wille sich auf die dem Eigentumsinhalt entsprechende Stellung richte[99]). Diese Auffassung beruht einmal auf der Annahme, daß sich der Eigenbesitz mit der römischen possessio decke. Daß dies aber nicht der Fall ist, ist oben dargelegt worden. Ferner muß jener Ansicht entgegengehalten werden, daß sich im wirklichen Leben der bezeichnete Willensinhalt mit dem deckt, der sich auf das Eigentum selbst bezieht. Der bösgläubige Eigenbesitzer hat dasselbe Willensziel, wie der gutgläubige, er weiß nur, daß ein rechtliches Hindernis im Wege steht. Der animus domini ist nicht die opinio domini[100]).

F. Der Erwerb des Eigenbesitzes ist somit ein Rechtsgeschäft und, da es einer Willenserklärung hier nicht bedarf, ein erklärungsloses Rechtsgeschäft. Für derartige Rechtsgeschäfte ist der Ausdruck „Willensgeschäft“ geprägt worden[101]). Man sagt, überall, wo das Interesse des Gegners eine Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens nicht erfordert, liege ein Willensgeschäft vor[102]). Man geht dabei davon aus, daß bei einem Willensgeschäft die den Rechtserfolg erstrebende Partei in erster Linie die Erfolgsabsicht haben muß. Ist dieses Rechtsgeschäft ein Realgeschäft, so muß auch das noch ausstehende corpus verwirklicht werden. Wesentliche Tatsache ist also nur der dem Verhalten zugrundeliegende, nicht notwendig erklärte Wille. Das Willensgeschäft wird ohne Kundgebungszweck vorgenommen. Es erfolgt ohne Willenserklärung. Man bestimmt daher das Willensgeschäft als eine mit Rechtsfolgewillen vorgenommene Handlung.

Die Unterteilung und damit gleichzeitig die Einreihung des Willensgeschäftes in den Oberbegriff „Rechtsgeschäft“ ist treffend gewählt. Diese Bezeichnung deutet auf den beiden Rechtsgeschäften, den erklärungsbedürftigen und den erklärungslosen, anhaftenden gleichen Kern hin: daß nur der Erfolgswille erforderlich ist und die Willensgeschäfte auch ohne Erklärung Rechtsgeschäfte sind. Gleichzeitig wird auf den Gegensatz hingewiesen, daß in dem einen Falle eine Erklärung notwendig ist, in dem anderen der Erfolgswille genügt.

---

[99]) Vgl. M. Wolff, Sachenrecht § 7 I 1; Brodmann b. Planck zu § 872 BGB; Dernburg, Sachenr. S. 51; Fischer-Henle zu § 872 BGB.

[100]) Manigk We Wg S. 545 ff.

[101]) Manigk We Wg S. 448.

[102]) Manigk We Wg S. 517.

Da auch der Erwerb des Eigenbesitzes mit Rechtsfolgewillen vorgenommen wird, fällt dieses Rechtsinstitut unter den Begriff Willensgeschäft. Damit ist es jetzt möglich, die Natur des Eigenbesitzerwerbes zusammenfassend anzugeben: Der Eigenbesitzerwerb ist ein Rechtsgeschäft und zwar ein Willensgeschäft[103]).

G. Diese rechtliche Natur des Eigenbesitzerwerbes bildet die Grundlage für die auf dieses Rechtsinstitut anzuwendenden Rechtsnormen. Da das Willensgeschäft, wie das Erklärungsgeschäft, ein Rechtsgeschäft ist, werden auch die für die Erklärungsgeschäfte vorgesehenen Vorschriften auf die Willensgeschäfte anzuwenden sein[104]). Diese Feststellung ist bedeutsam für die Frage, wer Eigenbesitz erwerben kann, ob ein solcher Erwerb auch den Geschäftsunfähigen möglich ist.

I. Zur Beantwortung der Frage werden die Bestimmungen über den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch Geschäftsunfähige zu berücksichtigen sein. Danach sind die Geschäftsunfähigen nach § 104 BGB nicht in der Lage, den nach § 872 BGB nötigen Willen zu fassen. Der Eigenbesitzerwerb ist ein Rechtsgeschäft, daher können die Geschäftsunfähigen keinen Eigenbesitz erwerben. Wollte man sie zum Eigenbesitzerwerb zulassen, so müßte man sie zu jedem lukrativen Erwerb zulassen. Denn auch bei diesem, z. B. der Schenkung, brauchen sie nur die Absicht zu haben, als ihnen gehörend zu besitzen. Das aber würde den geltenden Rechtsgrundsätzen widersprechen. Das Bürgerliche Gesetzbuch schließt die Geschäftsunfähigen von allen Arten der Privatautonomie aus. Von dem Erwerb durch selbständiges Handeln müssen die Geschäftsunfähigen dort ausgeschlossen werden, wo eine auf den Rechtserfolg gerichtete Tätigkeit notwendig ist. Die Fähigkeit zu solchem Tun muß den Geschäftsunfähigen allgemein abgesprochen werden[105]). Denn die Geschäftsfähigkeit erschöpft sich nicht in der Fähigkeit, wirksam Erklärungen abzugeben, sondern auch solche zu empfangen[106]). Die Geschäftsunfähigen können kein Rechtsgeschäft vornehmen und daher keinen Eigenbesitz erwerben. Wer allerdings in dem Eigenbesitzerwerbswillen keinen rechtsgeschäftlichen, sondern nur einen Handlungswillen sieht, den auch Geschäftsunfähige haben können, muß auch den Eigenbesitzerwerb durch Geschäftsunfähige zulassen[107]).

[103]) Manigk, We u. Wg S. 547. Kress a.a.O. S. 248: „Der einseitige Erwerb des Eigenbesitzes stellt sich als ein Willensgeschäft im Manigk'schen Sinne dar; der Wille, das Eigentum auszuüben, wird hierbei, auch wenn er an die Außenwelt tritt, doch keinem Adressaten kundgegeben, also nicht erklärt."

[104]) Manigk, WE u. WG S. 642.

[105]) Manigk, WE u. WG S. 217.

[106]) Endemann, Einführung I § 25 zu I,2.

[107]) Kipp, JHR 54, 609; Auerbach a.a.O. S. 33; Dernburg, Sachenrecht S. 57; Kniep, Besitz S. 96, S. 105.

Diese Ansicht vertritt besonders M. Wolff (Sachenrecht § 7 I), der davon ausgeht, daß der Eigenbesitz sich mit der römischen possessio dessen, der den animus domini hat, deckt. „Einen solchen Willen kann auch der Geschäftsunfähige haben: das Kind kann z. B. durch Aneignung oder Übergabe Eigenbesitz erwerben." Diese Ansicht läßt sich schon deshalb nicht halten, weil sich der Eigenbesitz durchaus nicht mit der römischen possessio deckt. Die Vertreter dieser Ansicht müssen zu einem unbefriedigenden Ergebnis kommen. Ein derivativer Eigentumserwerb durch Geschäftsunfähige ist auch ihnen nicht möglich. Jedoch einen originären Eigentumserwerb durch Aneignung, die nur auf Grund des Eigenbesitzerwerbs möglich ist, halten sie für zulässig. Demnach kann also niemand einem Geschäftsunfähigen eine Sache wirksam übereignen. Würde aber dieselbe Sache in der Absicht, das Eigentum aufzugeben, fortgeworfen, und eignete der Geschäftsunfähige sie sich an, dann soll er durch die Aneignung originär Eigentum erwerben! Die unrichtige Lehre würde zu einer Umgehung des Gesetzes führen. Das Gesetz will die Geschäftsunfähigen vom Eigentumserwerb dort ausschließen, wo der Erwerb den Erwerbswillen voraussetzt, und zwar sowohl für den originären wie für den derivativen Erwerb. Nach den Bestimmungen des Gesetzes kann ein Geschäftsunfähiger kein Rechtsgeschäft vornehmen, er kann also keinen Eigenbesitz erwerben[108]).

II. Anders wird der Eigenbesitzerwerb durch beschränkt Geschäftsfähige zu beurteilen sein. Diesen will man die Fähigkeit, einen Rechtsfolgewillen zu fassen, nicht grundsätzlich abstreiten. Es wird anerkannt, daß der beschränkt Geschäftsfähige wohl in der Lage sein kann, den zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts nötigen Erfolgswillen zu fassen. Jedoch kann der beschränkt Geschäftsfähige nicht immer alle Folgen eines Rechtsgeschäfts überblicken. Er würde z. B. bisweilen Geschäfte abschließen, die ihm nachteilig sind und die er bei voller Erkenntnis der Nachteile nicht abschließen würde. Um daher den beschränkt Geschäftsfähigen vor Nachteilen zu schützen, ist ihm die Vornahme von Rechtsgeschäften nur bedingt gestattet. Wo also die auf Grund eines Rechtsgeschäfts eintretenden Folgen dem beschränkt Geschäftsfähigen rechtlich oder wirtschaftlich nachteilig sein würden, da spricht man auch ihm die Fähigkeit ab, dieses Rechtsgeschäft vornehmen zu können[109]). Da aber der Eigenbesitzerwerb meist nur Vorteil bringt, so kann der beschränkt Geschäftsfähige, solange der Erwerb für ihn vorteilhaft ist, rechtswirksam den Willen fassen, eine Sache als ihm gehörig zu besitzen, d. h. Eigenbesitz zu erwerben[110]).

[108]) Manigk, Anendungsgebiet S. 214; WE u. WG S. 566 ff., Dittenberger, Schutz des Kindes S. 103; Staudinger zu § 872 BGB; Kress a.a.O. S. 247.

[109]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 223. WE u. WG S. 567.

[110]) Vgl. Planck, Komm. zu § 111 Anm. 1.

III. Bei dieser Untersuchung der Anwendungsmöglichkeit der Rechtsnormen auf die Willensgeschäfte müssen die Vorschriften über die Willensmängel, wenn auch nur kurz, erwähnt werden.

Nach ihrer Stellung im Gesetz sollen die Bestimmungen der §§ 116 ff. BGB auf die erklärungsbedürftigen Rechtsgeschäfte angewandt werden. Auch diese Rechtsgeschäfte gehören jedoch wie die Willensgeschäfte unter den allgemeinen Begriff Rechtsgeschäft. Daher wird man prüfen müssen, ob diese Vorschriften nicht auf alle Rechtsgeschäfte in gleicher Weise anzuwenden sind. Die Antwort hierauf kann sich nur aus dem Wesen jedes Willensmangels ergeben[111]). Man beschränkt sich meist leichthin damit, das Wesen der Willensmängel in einer Nichtübereinstimmung des erklärten und des wirklichen Willens zu bestimmen. Diese Auslegung kann aber nicht genügen. Eine Differenz des Erklärten und des wirklichen Willens kann nur bei den Erklärungsgeschäften möglich sein. Wollte man sich mit dieser Auslegung begnügen, so müßte die Anwendungsmöglichkeit dieser Bestimmungen auf die Willensgeschäfte von vornherein abgelehnt werden. Man wird vielmehr berücksichtigen müssen, daß auch den Erklärungsgeschäften ein Wille zugrundeliegt. Wir haben bei diesem Willen zwischen unmittelbarem und mittelbarem Willen unterschieden. Unmittelbaren Willen nannten wir den zur Körperbewegung führenden Willen. Den auf den durch eine Handlung vermittelten Erfolg gerichteten Willen nannten wir den mittelbaren Willen. Der letztere Wille bezieht sich auf etwas, das erst eine weitere Wirkung der Handlung ist. Das Streben nach dem Erfolg gehört zu dem mittelbaren, dem Erfolgswillen. Beide Willensarten müssen im Gegensatz zur Erklärung stehen. Bei beiden Willensarten muß der Erklärende das nicht wollen, was er erklärt hat. Der Mangel tritt also bereits im Willen auf. Da die Willensgeschäfte aber den Erfolgswillen voraussetzen, so wird man „von Willensmängeln sowohl in Bezug auf den unmittelbaren wie auf den mittelbaren Willen sprechen können[112])." Für die Willensgeschäfte ist der innere Wille und dessen Betätigung entscheidend. Die Erklärung fehlt hier. Seinem innerem Willen gegenüber kann niemand einen inneren Vorbehalt fassen, daher sind die Vorschriften über Mentalreservation, Simulation, Nichternstlichkeit, unrichtige Übermittlung und Irrtum nach § 119 I BGB bei den Willensgeschäften nicht anwendbar. Denn der „Zweck des Scheins, der Nichternstlichkeit und des Vorbehaltes entsteht erst dort, wo jemand seinen Willen anderen Personen offenbart. Ebenso ist eine unrichtige Übermittlung nicht

---

[111]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 225. WE WG 554, v. Tuhr Allg. Teil II, 320.
[112]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 239.

denkbar, da auch sie den Kundgebungszweck voraussetzt[113])". Diese Bestimmungen sind also auf die Willensgeschäfte nicht anzuwenden.

Praktisch zeigt sich das in Folgendem. Sieht man das Wesen des Eigenbesitzes allein in der Dritten sich darbietenden eigentumsähnlichen Lage des Besitzers, so würden, wenn dieser etwa auf Eigentum hinweisende Handlungen vornimmt, ihm diese auch dann als Eigenbesitz-Erwerbsgründe zugerechnet werden, wenn er den entsprechenden Willen nicht gehabt hat, seine Handlungen vielmehr nur scheinbar eigentumsähnlich waren, während sie in Wahrheit einem anderen Zwecke entsprangen und der Besitzer nicht als Eigenbesitzer handeln wollte, sondern als Fremdbesitzer. Gegenüber dem äußeren, trügerischen Schein steht es nach der hier vertretenen Meinung dem Besitzer frei, seinen wirklichen Willen nachzuweisen. Dabei kommt auch nicht in Frage, daß der Besitzer etwa erst im Wege der Anfechtung gemäß § 119, I, 122 BGB jenen Schein zu entkräften und Ersatz zu leisten hätte, denn er hat nicht eine Erklärung einem anderen gegenüber abgegeben, haftet also nicht für Erklärungswert seines Verhaltens.

Anders wird § 119 II BGB zu behandeln sein. Bei der Betrachtung dieser Vorschrift ist zu beachten, daß sie auch den Irrtum im Beweggrunde, den Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften als wesentlich behandelt. Allerdings kann diese Vorschrift nicht ohne weiteres angewandt werden. Es wird vielmehr notwendig sein, den inneren Willen zu ermitteln, d. h. sämtliche Indizien werden ausgelegt werden müssen. So wird zu prüfen sein, ob nicht schon bei Vornahme des Willensgeschäftes Dissens vorliegt. Wenn z. B. jemand ein ihm zugesandtes Buch nach § 151 BGB annimmt und er sich im Irrtum über den Preis des Buches befindet, so liegt zweifellos bei der Vertragsannahme Dissens vor. Es ist klar, daß auch für die Vertragsannahme nach § 151 BGB Konsens der Parteien verlangt werden muß[114]). In derartigen Fällen ist also § 119 II BGB auch auf die Willensgeschäfte anwendbar.

Zweifelhafter ist die Anwendung dieser Vorschrift, worauf auch Manigk hinweist, dann, wenn ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften vorliegt[115]). Hier ist eine direkte Anwendung des § 119 II BGB nicht möglich. Jedoch ist auch hier der innere Sinn dieser Bestimmung zu erforschen. Die Berücksichtigung des Eigenschaftsirrtums bei der Willenserklärung führt zur Klarlegung der wahren Absicht des Handelnden. Obgleich die Erklärung inhaltlich der Absicht des Erklärenden entsprach und der Gegner auf die Erklärung vertraute, so gestattet man dennoch eine Anfechtung,

[113]) Manigk, WE WG S. 556, vgl. auch R. Leonhard Allg. Teil S. 467, v. Tuhr, Allg. Teil II S. 320.
[114]) Manigk, WE u. WG S. 557.
[115]) s. Anmerkung 114.

wenn die wahre Absicht dem Inhalt der Erklärung nicht entsprach. Umsomehr muß es aber gestattet sein, die Beweggründe, den Eigenschaftsirrtum dann geltend zu machen, wenn, wie bei den Willensgeschäften, kein bestimmtes Vertrauen in einem Vertragsgegner erweckt worden ist. Ein solcher einseitiger Irrtum liegt in dem von Manigk gebrachten Beispiel, wo der Oblat trotz richtiger Preisangabe sich verliest und das Buch nach § 151 BGB annimmt[116]). In diesen Fällen muß auch hier die Geltendmachung des Irrtums möglich sein. Daher ist § 119 II BGB auch insoweit auf die Willensgeschäfte anzuwenden.

Allerdings ist bei den Willensgeschäften die Geltendmachung dieses Willensmangels begrenzt. Wird durch die Annahmehandlung die Rechtssphäre eines Dritten berührt, so ist der durch die Geltendmachung des Willensmangels entstandene Schaden zu ersetzen. Die Folge der Unwirksamkeit ist allerdings bei den Willensgeschäften eine andere als bei den Erklärungsgeschäften. Letztere Rechtsgeschäfte können im Falle des § 119 BGB angefochten werden. Anfechtungsmöglichkeit ist bei den Willensgeschäften hingegen unbegründet. Es erfolgt die Anfechtung nur mit Rücksicht auf den der Erklärung trauenden Erklärungsgegner. Bei den Willensgeschäften fehlt ein solcher. Indizien werden nicht angefochten, sondern entkräftet. Ein Willensgeschäft, das einen Willensmangel nach § 119,2 BGB enthält, erweist sich daher als nichtig[117]). Hat ein unbeteiligter Dritter angenommen, daß ein Willensgeschäft rechtswirksam ist, obgleich Willensmängel vorliegen, so ist auch diesem Dritten gegenüber, der mit dem das Rechtsgeschäft Vornehmenden in gar keiner rechtlichen Beziehung steht, eine Anfechtung nicht erforderlich. Es würde hier genügen, daß die wahre Sachlage aufgedeckt wird. Wer nicht Gegner und Adressat in der Erklärung ist rechnet mit dem Beweiswert von Indizien für die Absichten des Handelnden auf eigene Gefahr. Die Klarlegung des Sachverhalts kann durch eine einfache Aufklärungsmitteilung erfolgen, ohne daß dadurch eine Schadensersatzpflicht entstünde[118]).

Bei der Prüfung des § 122 BGB wird man gleichfalls von dem Sinn dieser Vorschrift ausgehen müssen. Nach der Bedeutung der Bestimmung soll dem auf die Erklärung vertrauenden Gegner die Möglichkeit gegeben werden, Ersatz für den entstandenen Schaden zu verlangen. Da aber bei den Willensgeschäften ein Vertragsgegner nicht vorhanden ist, so kann, solange nicht die Rechtssphäre Dritter berührt wird, auch kein anderer einen Schaden

---

116) Manigk, WE u. WG S. 558.
117) Manigk, Anwendungsgebiet S. 267.
118) Manigk in Iher. Jahrb. 83, 103; ferner Manigk WE u. WG S. 374; H. Lehmann, Allg. Teil 1928 S. 221.

erleiden. Es bedarf daher dieser Schutzvorschrift bei den Willensgeschäften nicht.

Weiter wäre noch die Anwendbarkeit des § 123 BGB zu prüfen. Dabei soll zunächst der Fall der arglistigen Täuschung behandelt werden. Der Betrug setzt die Erzeugung positiver, unwahrer Vorstellungen voraus. Unrichtige Vorstellungen können auch zur Vornahme von Willensgeschäften führen. So könnte jemand, der über den Wert einer Sache getäuscht wird, es unterlassen, die Sache in Eigenbesitz zu nehmen. Ein auf Grund solcher Täuschung vorgenommenes Rechtsgeschäft muß dann analog § 123 BGB behandelt werden. Danach ist ein solches Willensgeschäft unwirksam und zwar aus den gleichen Gründen, wie sie bei der Behandlung des § 119 BGB angeführt sind, nichtig.

Von einem anderen Gesichtspunkte wird man bei der Behandlung des Falles der widerrechtlichen Drohung ausgehen müssen. Hier ist zu berücksichtigen, daß der Handelnde unter dem Einfluß eines unwiderstehlichen Zwanges handelt. Die Absicht des Handelnden steht seinem Handeln entgegen. Denn es geht hier die Absicht des Gezwungenen dahin, tätig zu werden, um dem angedrohten Nachteile zu entgehen. Nur aus diesem Grunde handelt er. Nicht aber hat er den zur Vornahme der Handlung erforderlichen Erfolgswillen. Niemand, der durch Zwang zur Vornahme einer Handlung genötigt ist, wird auch die dem Zwingenden günstige Erfolgsabsicht damit verbinden. Es liegt hier, da der Erfolgswille im Gegensatz zu der Handlung steht, kein Erfolgswille für diese Handlung vor. Hier erübrigt sich aus diesem Grunde eine Anfechtung nach § 123 BGB. Es kann bei Willensgeschäften der erforderliche Erfolgswille nicht erzwungen werden. Man kann niemanden zwingen, eine Sache in Eigenbesitz zu nehmen. Nimmt der Gezwungene die Sache dennoch in Besitz, so erhält er nur Besitz, nicht aber Eigenbesitz. Daher ist die Anwendung des § 123 BGB, soweit er die widerrechtliche Drohung behandelt, auf die Willensgeschäfte ausgeschlossen[119]).

Nicht alle für die Willensmängel gegebenen Vorschriften können also auf die Willensgeschäfte und damit auf den Eigenbesitz angewandt werden. Nur dann müssen die für die Erklärungsgeschäfte gegebenen Willensmängel auch auf die Willensgeschäfte Anwendung finden, wenn der Erfolgswille eine Erklärung erfahren hat[120]).

Wer jedoch die Ansicht vertritt, daß man Willenserklärung

[119]) Manigk, WE u. WG, S. 568.

[120]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 286. Vgl. auch H. Lehmann, Allg. Teil 1928 S. 221: „Die Regelung der Willensmängel im Gesetz in §§ 116 ff. hat nur Bedeutung für die Willenserklärungen i. e. S., nicht für die Willensgeschäfte. Fehlt hier der aus dem Verhalten zu entnehmende Wille, so liegt nur der Schein einer Willensbetätigung vor, der durch Aufdeckung der wahren Sachlage ohne Ersatzpflicht zerstört werden kann."

im engeren Sinne und Willensbetätigung nicht gegensätzlich gegenüberstellen und innerhalb der rechtsgeschäftlichen Lehre nicht verschieden behandeln kann, muß zu einem anderen Ergebnis kommen[121]). Diese Autoren bestreiten, daß die Willensgeschäfte in einzelnen Punkten anderen rechtlichen Regeln unterliegen als die Willenserklärungen. Nach ihnen müssen die Vorschriften über die Willensmängel auf die Willensgeschäfte genau so angewandt werden wie auf die Willenserklärungen. Das Fehlen des Geschäftswillens würde also auch bei den Willensgeschäften stets nach §§ 116 ff. BGB zu behandeln sein.

Wir haben oben (Seite 28–29) den Nachweis versucht, daß Willenserklärung und Willensbetätigung nicht identifiziert werden dürfen, weil die Zurechnung von Willensbetätigungen billiger Weise mit Rücksicht auf den Handelnden anderen Grundsätzen untersteht. Vielmehr ist an dem Satz festzuhalten, daß nicht alle Bestimmungen über die Willensmängel auf die Willensgeschäfte anwendbar sind.

IV. Ferner wäre noch darauf einzugehen, ob die Willensgeschäfte auch unter Bedingungen vorgenommen werden können. Zur Beantwortung dieser Frage ist auf die Bedeutung der Bedingung bei den Rechtsgeschäften allgemein zurückzugreifen. Durch Vornahme eines Rechtsgeschäfts unter einer Bedingung wird der Eintritt oder das Ende der Wirkung des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts bestimmt. Durch die Setzung einer Bedingung wird nicht der Wille zu einem bedingten, sondern es wird beabsichtigt, daß die Wirkung bedingt eintritt. Aus dieser rechtlichen Bedeutung der Bedingung geht hervor, daß die Bedingung keine Erklärung des Erfolgswillens voraussetzt[122]). Man wird daher auch Willensgeschäfte unter einer Bedingung vornehmen können. Auch unter einer Bedingung kann man Eigenbesitz erwerben. Es kann z. B. jemand eine Sache unter der Bedingung in Eigenbesitz nehmen, daß sie aus bestimmtem Material hergestellt ist. Ebenso wie ein Willensgeschäft unter Bedingungen möglich ist, so kann auch ein Willensgeschäft unter einer Zeitbestimmung vorgenommen werden. Die Bestimmungen der §§ 158 und 163 BGB können auch auf die Willensgeschäfte angewandt werden.

Nicht anwendbar aber sind die §§ 159–162 BGB. Bei § 159 BGB ist diese Möglichkeit deshalb ausgeschlossen, weil § 159 BGB mehrere Beteiligte erfordert und nach der rechtlichen Natur der

[121]) Enneccerus-Nipperdey S. 440; Savigny, System Band III S. 237; Dernburg: Die allg. Lehren 1902, S. 326: „Indem die Redaktoren des BGB, wie Mot. I S. 126 aussprechen, Willenserklärungen und Willensäußerungen identifizierten, schlossen sie sich an den mindestens seit einem Jahrhundert herrschenden Sprachgebrauch an. Daran ist bei Auslegung des BGB festzuhalten.“ Titze, Mißverständnis S. 25 Anm. 7; Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 116 ff; Isay in Iher. Jahrb. 44, 43.

[122]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 290.

Willensgeschäfte mehrere Beteiligte nicht notwendig sind. In gleicher Weise stehen die Bestimmungen der §§ 160, 161 und 162 BGB der Anwendung auf die Willensgeschäfte entgegen. Die Vorschriften behandeln den Fall, daß ein Dritter unter aufschiebender oder auflösender Bedingung berechtigt ist und bestimmen den näheren Schutz des Berechtigten, falls der durch die Bedingung Gebundene den Interessen des Berechtigten entgegenhandelt. Durch die Vornahme von Willensgeschäften kann eine Berechtigung Dritter nicht entstehen. Es wird durch eine bedingte Ineigenbesitznahme nur die Rechtssphäre der handelnden Person berührt. Eine Beziehung zu anderen, also eine Anwartschaft eines Dritten, wird nicht geschaffen[123]). In der Schaffung der Anwartschaft und dem ihr gewährten Schutz liegt gerade die Bedeutung der unter Bedingung oder Zeitbestimmung geschlossenen Rechtsgeschäfte. Da dies beim Willensgeschäft nicht möglich ist, so ist die Anwendung der §§ 159—162 BGB ausgeschlossen. Allerdings wird auch damit gleichzeitig die Anwendungsmöglichkeit der §§ 158, 163 BGB auf die Willensgeschäfte praktisch nur sehr gering sein[124]).

V. Es wäre dann noch die Frage zu streifen, ob Eigenbesitz, da es sich doch um ein Willensgeschäft handelt, auch durch Stellvertretung erworben werden kann. Die Bestimmung des § 164 BGB spricht allerdings von einer Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretung macht, im Namen des Vertretenen abgibt. Bei der Prüfung dieser Frage muß auf das Wesen der Vertretung eingegangen werden. Eine Vertretung bei den Willensgeschäften wird nur dann möglich sein, wenn sich in der Vertretung bei den Willensgeschäften die essentiellen Merkmale der juristischen Vertretung wiederfinden. Man spricht überall da von einer Vertretung, wo durch das Handeln einer Person Rechtswirkungen auf seiten einer anderen unbeteiligten Person eintreten. Daher sei die Vertretung nicht bloß auf das Gebiet der Rechtsgeschäfte beschränkt[125]). Ja, man ging sogar so weit, daß man sagte, es gehörten alle die Fälle unter diesen Begriff, in denen jemand auf Grund tatsächlicher Beziehungen berufen ist, in den Angelegenheiten „eines anderen in seinem Verhältnis zu Dritten für dessen Rechnung und Gefahr zu wirken[126])". Diese Auffassung wird von Schloßmann vertreten, bringt jedoch nicht die wesentlichen Merkmale der Vertretung. Nach Schloßmann sei die Ursache für die Wirkung der Handlungen des Vertreters allein in dem objektiven Verhältnis

---

[123]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 294.

[124]) Siehe Anmerkung 123.

[125]) Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 311; Leonhard, Allg. T. S. 299. Die Vertretung kommt nicht bloß bei den eigentlichen Rechtsgeschäften vor, die zur Kenntnisnahme bestimmt sind, sondern auch bei allen ähnlichen Rechtshandlungen.

[126]) Schloßmann, Lehre v. d. Stellvertretung, S. 51.

zwischen Vertreter und Vertretenen zu sehen, dagegen sei der Parteiwille nicht entscheidend.

Dabei verkennt Schloßmann die Bedeutung des Parteiwillens in der Rechtsordnung. Denn überall, wo der Parteiwille nötig ist, ist er auch Element des Tatbestandes der Rechtswirkung. Wenn also in diesen Fällen der Wille nicht vorhanden sein würde, so würde ein Stück des Tatbestandes fehlen, der Tatbestand wäre also nicht erfüllt[127]). Es würde dann ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand nicht vorliegen. Durch ein Rechtsgeschäft entsteht eine Verpflichtung nur dann, wenn der volle rechtsgeschäftliche Tatbestand vorliegt, d. h. die Rechtswirkungen gewollt sind. Schloßmann stellt jedoch eine gegensätzliche Lehre auf, wenn er behauptet: „Nicht, weil ich verpflichtet sein will, werde ich verpflichtet, sondern weil ich in dem Empfänger des Versprechens eine Erwartung erweckt habe, welche zu erfüllen eine Forderung der Gerechtigkeit ist[128])." Diese Ansicht verträgt sich nicht mit der Forderung der Rechtsordnung, daß der Rechtserfolg gewollt sein muß. Die Rechtswirkungen werden, selbst wenn der äußere Tatbestand eines Rechtsgeschäfts erfüllt sein sollte, nicht erzeugt, wenn sie nicht gewollt werden[129]). Das ergibt sich aus der Natur der Rechtsgeschäfte, die der Privatautonomie dienen sollen und vom Parteiwillen abhängig sind. Diese Grundsätze müssen auch für die Stellvertretung gelten. Der Wille der Parteien ist für die Stellvertretung von größter Bedeutung. Nicht nötig ist allerdings, daß der Geschäftsschließende an alle rechtlichen Wirkungen des Geschäfts zu denken braucht. Es genügt, wenn der Handelnde lediglich an die ihn interessierenden wirtschaftlichen Folgen denkt, und diese will[130]). Daraus ergibt sich, daß der Vertreter als Vertreter handeln wollen muß. Dieser Wille ist essentielles Merkmal der Vertretung. Diese Auffassung ist auch in dem Gesetz wiederzufinden, das ein Handeln im Namen des Vertretenen verlangt. Jemand ist also dann Vertreter, wenn er will, daß die Wirkungen seines Geschäfts in der Person des Vertretenen eintreten sollen. Man kann den Vertretungsbegriff nicht in der Weise ausdehnen, wie Schloßmann es tut. Es ist hier zu berücksichtigen, daß die Vertretung eine der Privatautonomie dienende Rechtseinrichtung ist. „Es sollten Rechtswirkungen, die man erstrebte, durch eigenes Handeln aber nicht erzeugen wollte oder konnte, durch die Handlung eines Vertreters erzeugt werden können[131])."

Aus diesem Zweck der Vertretung ergibt sich, daß sie nur bei Rechtsgeschäften möglich ist. Willensgeschäfte sind Rechtsgeschäfte.

[127]) Vgl. Manigk, Anwendungsgebiet S. 301.
[128]) Schloßmann, Lehre v. d. Stellvertr. S. 99.
[129]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 301.
[130]) Manigk, ebd. S. 305.
[131]) Manigk, Anwendungsgebiet, S. 314.

Da nun das Wesen der Vertretung darin beruht, daß jemand bei einem Rechtsgeschäft im Namen einer anderen Person handelt und dadurch Rechtswirkungen direkt für den anderen erzeugt, so ist auch bei den Willensgeschäften Vertretung möglich. Nach herrschender Lehre kann eine Vertretung nur im Willen erfolgen[132]). Vertretung im Willen bedeutet aber Vertretung im Erfolgswillen. Da bei den Willensgeschäften eine Erklärung nicht erforderlich ist, genügt die Vertretung im Erfolgswillen vollständig. Auch bei einem Willensgeschäft kann jemand die Absicht haben, die rechtlichen Folgen für einen anderen eintreten zu lassen. Der Wille, für einen anderen zu handeln, braucht hier nicht erklärt zu werden, da keine fremde Rechtssphäre berührt wird. Es braucht also, wer eine Sache für einen anderen in Eigenbesitz nimmt, nichts anderen zu tun, als wenn er die Sache selbst in Eigenbesitz nehmen wollte. Der Eigenbesitzerwerb für den Vertretenen geschieht hier so, daß der Vertreter den Willen hat, für den Vertretenen Eigenbesitz zu erwerben und diesen Willen durch Besitzergreifung zum Ausdruck bringt. Der Handelnde bewirkt Wirkung und Eintritt der Rechtsfolgen für den Vertretenen nur durch seinen inneren Willen. Auch bei einem Willensgeschäft muß der Handelnde den Rechtserfolg erstreben, er kann ihn also auch für jemand anderes erstreben, also im Namen eines anderen handeln[133]). Deshalb ist § 164 I BGB auch auf die Willensgeschäfte anzuwenden. Allerdings ist auch hierbei zu berücksichtigen, daß im Tatbestande der Willensgeschäfte nicht der innere Wille als psychische Tatsache, sondern der zur Tat gewordene Wille wirkt[134]). Der Wille des Vertreters muß zur Tat geworden sein. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen kann § 164, I BGB wohl bei den Willensgeschäften angewandt werden, es ist also auch Eigenbesitzerwerb auf diesem Wege möglich.

Nicht dagegen ist § 164 II BGB anzuwenden, der nur bei Berührung fremder Rechtssphären von Bedeutung ist. Auch die §§ 165, 166 BGB dürften, allerdings nur soweit durch sie die eigene Rechtssphäre des Handelnden betroffen wird, anzuwenden sein.

VI. Die für die Vollmacht gegebenen Vorschriften können auf die Willensgeschäfte, d. h. für den Eigenbesitzerwerb, nur insoweit angewandt werden, als sie keiner besonderen Erklärung bedürfen. Die Vollmacht zum Eigenbesitzerwerb könnte also in der Form des § 167 BGB durch formlose Erklärung erteilt werden. Das Erlöschen der Vollmacht geschieht auch hier gemäß § 168 BGB. Dagegen sind die Bestimmungen §§ 169—181 BGB auf den Eigenbesitzerwerb nicht anzuwenden, da diese Vorschriften für Fälle ge-

---

[132]) Endemann, Einführung I § 80 und R. Leonhard, Allg. Tl. S. 300.
[133]) Lenel, Iher. Jahrb. 36,4 bestreitet diese Möglichkeit.
[134]) Manigk, WE u. WG S. 571.

geben sind, die nicht mehr als Willensgeschäfte bezeichnet werden können.

H. Zum Schluß sei noch auf die allgemeine Bedeutung des Begriffes Eigenbesitz für das geltende Recht eingegangen. Wir sahen, daß mit dem Eigenbesitzbegriff in verschiedenen Tatbeständen verschiedene rechtliche Wirkungen verbunden sind, und daß der Begriff ein unselbständiger ist. Neben dieser unselbständigen Stellung hat der Eigenbesitz im geltenden Recht die Bedeutung eines Oberbegriffes. Als dem Eigenbesitz untergeordnete Begriffe sind das Eigentum, der gutgläubige Besitz und der bösgläubige Besitz zu bezeichnen. In allen diesen Fällen liegt derselbe animus vor. Übergibt ein Eigentümer jemandem eine Sache mit dem Willen, sie zu übereignen, und hat der Empfänger nur den Willen, die Sache als ihm gehörig zu besitzen, so wird er dennoch Eigentümer. Sein Eigenbesitzerwerbswille ist gleich dem Eigentumserwerbswillen, er erhält also volles Eigentum. War der Übereignende beschränkt geschäftsfähig, so kann der Empfänger kein Eigentum erhalten. Wenn aber der Empfänger gutgläubig war und Eigenbesitzerwerbswillen hatte, so wird er gutgläubiger Eigenbesitzer. Hat der Empfänger den Mangel in der Geschäftsfähigkeit gekannt, so erhält er keinen gutgläubigen Eigenbesitz. Jedoch da sein Wille darauf ging, Eigenbesitz zu erwerben, wird er bösgläubiger Eigenbesitzer. Es liegt jedesmal der Eigenbesitzerwerbswille vor. Daher sind alle drei Fälle dem Eigenbesitz unterzuordnen.

Auch diese Stellung des Eigenbesitzes als Oberbegriff weist auf Natur und Bedeutung des Institutes hin. Weil der Eigenbesitz gesetzliche Voraussetzung des Eintrittes verschiedenartiger Rechtswirkungen ist, ist er, wie auch in den Protokollen betont wird, in dem dargelegten Sinne ein wichtiges Institut des geltenden Rechts[135]).

---

[135]) Protokolle von Achilles III S. 227.

Lebenslauf.

Ich, Kurt Hermann Stahn, Sohn des Telegrapheninspektors Otto Stahn und seiner Ehefrau Meta, geb. Albrecht wurde am 1. August 1907 in Danzig geboren. Ich besuchte zunächst eine private Vorschule und von Sexta an das Königliche Gymnasium in Danzig, das später zum Staatlichen Gymnasium in Danzig umbenannt wurde. Dort legte ich Ostern 1928 die Reifeprüfung ab. Vom Sommersemester 1928 bis Wintersemester 1930 studierte ich an der Universität Marburg Rechts- und Staatswissenschaften. Während der folgenden zwei Semester studierte ich an der Universität Berlin. Von dort ging ich nach Königsberg, wo ich im Juni 1932 vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht Königsberg die erste juristische Staatsprüfung bestand. Nunmehr kehrte ich nach Marburg zur Anfertigung der vorliegenden Arbeit zurück. Vom Senat der Freien Stadt Danzig wurde ich am 22. Oktober 1932 zum Gerichtsreferendar an den Gerichten der Freien Stadt Danzig ernannt.

Ich arbeitete die vorstehende Schrift auf Anregung des Geheimen Justizrat Professor Dr. Manigk aus, dem mein besonderer Dank für das wohlwollende Interesse und für die Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit gilt.